Die Prokura in der Beschränkung auf das Handelsgewerbe des Geschäftsherrn.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Hohen juristischen Fakultät der Königl. Ludwig-Maximilians-Universität zu München

eingereicht von

August Brüschwiler
bacc. jur. aus Freiburg.

Leipzig-Reudnitz
Druck von August Hoffmann
1909.

Ref.: Geh. Justizrat Prof. Dr. Gareis.

Meinen lieben Brüdern Max und Eugen.

Inhalt.

Literatur.

Allfeld, Kommentar zum ADHG. 2. Auflage des Kommentars von Anschütz und Veldendorff. Bd. I. 1895.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. I. 1896.

Bie, Über die Kollektivprokura. 1894.

Borger, Der Inhalt der Vollmacht des Prokuristen. Diss. Leipzig 1903.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung. 1852.

Calmon, Die rechtliche Stellung des Prokuristen im Immobiliarverkehr. 1907.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. I. 2. Aufl. 1902. Zitiert Dernburg.

Düringer und **Hachenburg**, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1899.

Eccius, Zur Lehre von der Vollmacht nach bürgerlichem Gesetzbuche. Grüchots Beiträge. Bd. 17 S. 219.

Eggert, Die Prokura nach dem HGB. Dissert. 1902.

Fischer, Die Vollmacht des Prokuristen. Dissert. 1906.

Fittig, Die rechtliche Stellung des Prokuristen. Dissert. 1904.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. 1907 zitiert Gareis.

Gareis, Handelsgesetzbuch, Handausgabe, 4. Aufl. 1909 zitiert Gareis HGB.

Gareis-Fuchsberger, Das Allgem. deutsche Handelsgesetzbuch 1891.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. I. 1885.

Hupka, Die Vollmacht. 1900.

v. Jhering, Geist des römischen Rechts. 1. Teil 1865.

Johow, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.

Kerb, Die rechtliche Stellung des Prokuristen. Diss. 1906.

Laband, Die Stellvertretung nach dem Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 10, 1866.

Lehmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. I. 1902.
Makower, Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. Bd. I. 1901.
Plank, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I. 3. Aufl. 1903.
v. Savigny, Das Obligationenrecht. Bd. II. 3. Aufl. 1853.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Bd. I.
v. Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. 3. u. 4. Aufl. 1907.
Stegmann, Beitrag zur Prokuralehre. Diss. 1905.
Thöl, Das Handelsrecht. Bd. I. 6. Aufl. 1879.
Venturr, Die Prokura. Inaug.-Diss. 1906.
v. Westenholz, Entstehen und Erlöschen der Prokura. Inaug.-Diss. 1906.

Entscheidungen des ROHG., RGHG., R.-G.
Corpus juris civilis.
Motive.
Protokolle.

Einleitung.

§ 1. Das Wort Prokura stammt aus dem Italienisch-Neulateinischen und ist entweder aus einer Zusammenziehung der lateinischen Ablativpräposition pro und dem lateinischen Substantiv Cura oder aus einer Verkürzung des lateinischen Substantivs procuratio entstanden. Im ersten Fall heißt es eigentlich „Gebühr für Besorgung“ und erst im erweiterten Sinne „Verwaltung, Stellvertretung, Firmenzeichnung, Vollmacht, Geschäftsvollmacht“. Im zweiten Fall ist seine ursprüngliche Bedeutung bereits Stellvertretung durch einen dazu Bevollmächtigten und die diesem erteilte Vollmacht.[1]) Die Geschichte der Prokura ist kurz: Die Kaufleute, welche durch die einengenden Bestimmungen des römischen und insbesondere des kanonischen Rechts in ihrer Freiheit sich eingeschränkt fühlten, traten besonders im Mittelalter zu Gilden zusammen und bildeten so nur für ihren Stand gültige verkehrsbefreiende Normen und Gebräuche. Unter diesen handelsrechtlichen Gebräuchen und Sätzen finden sich zahlreiche, die über die damalige kaufmännische Stellvertretung Auskunft geben. Auch die Prokura begegnet uns in mehrfacher Abstufung schon zu jener Zeit und zwar teils als Ganz-Prokura, teils als Kollektiv-Prokura. Schon damals findet man für den Bevollmächtigten die Bezeichnung als alter Ego des Geschäftsherrn, dessen Vollmacht bei der Innung registriert wurde.

Allein diese Prokura des sich erst entwickelnden Handelsrechts war nicht die Prokura im heutigen Sinne, sie war vielmehr ungefähr das, was heute die Handelsvollmacht im engeren Sinne ist. Die heutige Prokura ist erst eine Schöpfung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches von 1861, in welches sie auf den Antrag des Abgeordneten der freien Stadt Hamburg und vormaligen Präsidenten des Hamburger Handelsgerichtes, Dr. Haller, aufgenommen wurde. Sachlich wenig geändert wurde die Prokura dann auch in das Handelsgesetzbuch von 1897 übernommen. Dieses enthielt sich im Gegensatz zum allgemeinen Handelsgesetze Art. 41 einer gesetzlichen Definition des Begriffes Prokura. Es hat ferner die Bestimmung des Art. 42 AHGB., daß die Prokura jede nach den Landesgesetzen erforderliche Spezialvollmacht ersetzt, weggelassen, da das BGB. eine Spezialvollmacht nicht mehr kennt. Weiter ist weggefallen der Art. 46 des AHGB., dagegen wurde neu eingefügt der Abs. 3 des § 50 des Neuen Handelsgesetzbuches, auf den wir im Laufe der Abhandlung kommen werden.

I. Abschnitt.

Der Begriff der Prokura.

Die Prokura ist eine besondere Art direkter kaufmännischer Stellvertretung. Sie beruht stets auf einer durch den Geschäftsinhaber oder dessen gesetzlichen Vertreter erteilten also rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht, das ist Vollmacht (§ 48, Abs. 1 HGB. § 166, Abs. 2 BGB.). Eine Prokura ohne Vollmacht ist demnach undenkbar,

[1]) Sanders, Unter Procuratio, Heyse, ebenda Über die Bedeutung der Prokuration im römischen Recht, siehe Heumann-Seckel.

die Vollmacht geht als wesentlicher Bestandteil der Prokura in derselben auf. Über den Begriff und das Wesen der Vollmacht hat lange Zeit schon seit dem römischen Recht her Unklarheit geherrscht. Die Vollmacht wurde nämlich meist mit dem Auftrag „verquickt“, wo nicht verwechselt. Selbst in einem Werke wie Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch sind Auftrag und Vollmacht nicht scharf geschieden: für ihn ist die Vollmacht die äußere Dritten gegenüber in die Erscheinung tretende Seite des Auftrags, die Legitimation.[2]) Es ist Labands Verdienst, beide Begriffe fest umgrenzt zu haben.[3]) Ihm hat sich die herrschende Meinung angeschlossen, und auch das BGB. hat Auftrag (§§ 662 ff.) und Vollmacht (§§ 164 f.) streng getrennt. „Vollmacht und Auftrag das ist zweierlei“, sagt der Spruch.[4])

Nehmen wir folgende Fälle an:

1. Der Rentner Müller will die Wintermonate im Süden verleben und ersucht darum seinen Hypothekenschuldner Baumeister, die in der Zwischenzeit fälligen Zinsen an seinen (Müllers) Freund Schulze zu zahlen; den Schulze selbst setzt er aber gar nicht davon in Kenntnis. In diesem Falle ist dem Schulze zweifellos und auch nach dem geltenden Recht Vollmacht erteilt; denn Müller hat „dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung

---

[2]) Staub S. 226. Auch das a. HGB. vermischte in seiner Definition der Prokura Auftrag und Vollmacht (Art. 41). Das n. HGB. gibt gar keine Definition der Prokura; sie läßt sich jedoch aus den §§ 49, 50, 52 ableiten.

[3]) Laband S. 203, f.

[4]) Cohn, S. 57 zu § 167, Dernburg S. 474, I. Endemann S. 401, f. Planck S. 291; Mitteis S. 183 f. v. Staudinger S. 523 Nr. 7. A. M. Schloßmann Bd. I S. 229, gegen den Hupka S. 23, polemisiert. Gegen die herrschende Meinung neuestens wieder Dniestrzanski, S. 87. IV, f. dessen ausländisches Deutsch übrigens recht störend, ja verwirrend wirkt.

stattfinden soll“, eine entsprechende „Erklärung“ abgegeben (BGB. § 167, Abs. 1, 2. Hälfte.)

2. Müller macht seinem Hypothekenschuldner keine Mitteilung, sondern bittet lediglich seinen Freund Schulze, um die Gefälligkeit, während seiner Reise die Hypothekenzinsen in Empfang zu nehmen und darüber zu quittieren; Schulze erklärt sich gern dazu bereit. Hier liegt

a) die Annahme eines Auftrags vor; denn Schulze hat „sich verpflichtet, ein ihm von Müller“ übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen (BGB. § 662); es liegt aber auch

b) Vollmacht vor, denn Müller hat eine dementsprechende — stillschweigende[5]) Erklärung gegenüber dem Schulze abgegeben (BGB. § 167 Abs. 1 1. Hälfte.)

3. Müller bittet Schulze um die Freundlichkeit, in seiner Abwesenheit noch einige Möbel für ihn zu kaufen, diese aber, da in seiner (Müllers) Wohnung größere Reparaturen vorgenommen werden sollen, zunächst nach Schulze's Wohnung schaffen zu lassen und — um Irrtümer zu vermeiden — auch auf Schulze's Namen einzukaufen; Schulze verspricht dies.

4. Müller ersucht Schulze um die Liebenswürdigkeit, sich seiner (Müller's) verlassenen Hunde und Pflanzen anzunehmen; und Schulze ist damit einverstanden.

In diesen beiden letzten Fällen handelt es sich allein um die Annahme eines Auftrags: Schulze „verpflichtet sich, ein ihm von Müller übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen“. (BGB. § 662.)

Diese Beispiele beweisen, daß Vollmacht und Auftrag

[5]) Solche stillschweigend erteilte Vollmacht wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn der erteilte Auftrag ohne Vollmacht nicht ausführbar ist, oder wenn die Überschreitung der ursprünglichen Vollmacht fortgesetzt geduldet wird, Dernburg S. 474 III; v. Staudinger S. 532 Nr. 5 u. a.

notwendig auseinandergehalten werden müssen; denn es erhellt aus ihnen die von dem Auftrage tatsächlich unabhängige Existenz der Vollmacht (Beispiel 1) sowie die Verschiedenheit der rechtlichen Natur beider Begriffe (Beispiele 1—4);

Der Auftrag	Die Vollmacht
1.	1.
erfordert nämlich Annahme, ist also ein Vertrag (Beispiel 2, 3, 4);[6])	bedarf dagegen keiner Annahme, ist also ein einseitiges Rechtsgeschäft (Beispiel 1);
2.	2.
er legt dem Beauftragten eine Pflicht auf (Beispiel 2, 3, 4).	sie gewährt dem Dritten gegenüber ein Recht (Beispiel 1, 2)
3.	3.
und stellt ausschließlich ein Innenverhältnis dar (Beispiel 2, 3, 4);	und regelt die Rechtsverhältnisse des Vollmachtgebers[7]) nach außen (Beispiel 1, 2);
4.	4.
er kann sowohl zur direkten (Beisp. 2) als auch zur indirekten (Beispiel 3) Stellvertretung führen.	sie ist nur dann von Bedeutung, wenn es sich um direkte Stellvertretung handelt (Beispiel 1, 2)[8])

---

[6]) Nach Laband, S. 208, liegt ein Konsensualvertrag vor; vgl. auch Düringer u. Hachenburg S. 166 Nr. 2.

[7]) Handelt es sich um die Rechtsverhältnisse und das Interesse des andern Teils oder eines Dritten, so spricht man nicht von Vollmacht, sondern von Ermächtigung, vgl. z. B. BGB. §§ 112, 113, 1321. Abweichend freilich BGB. § 370.

[8]) Denn bei der indirekten Stellvertretung tritt ja der Vertreter selbst als Gegenpartei auf, s. oben S. 2 würde er sich trotzdem als Bevollmächtigter vorstellen, so läge darin nur die Angabe eines rechtlich „unerheblichen Motivs“; vgl. über die „bloßen Beweggründe“ Dernburg S. 336, § 110.

5.	5.
und schließlich auch rein tatsächliche Geschäfte betreffen (Beispiel 4)	und bezieht sich überhaupt nur auf Rechtsgeschäfte (Beispiel 1, 2).

So wenig also der Vollmacht stets ein Auftrag zu Grunde liegen muß, so wenig ist der Auftrag das einzige Innenverhältnis, das der Vollmacht zu Grunde liegen kann; vielmehr kann mit ihr auch ein Dienst- oder Werkvertrag (BGB. §§ 611, 631, 675) und ein Gesellschaftsvertrag (BGB. §§ 710—714) verbunden sein.[9]) Immer aber bleibt die Vollmacht oder richtiger die Vollmachtserteilung ein besonderes, selbständiges Rechtsgeschäft.[10])

Eine andere, noch jetzt viel umstrittene Frage ist, ob das einseitige Rechtsgeschäft der Vollmachterteilung ein empfangsbedürftiges ist oder nicht, auch wer in jenem Falle wahrer Empfänger ist oder sein müßte.

Nach Dernburg u. a. ist die Vollmacht so wenig ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, wie z. B. die Auslobung.[11])

Endemann erklärt die Vollmacht für grundsätzlich empfangsbedürftig, unterscheidet aber echte und unechte Vollmachtgebung, wobei er unter der echten die Erteilung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten versteht.[12])

---

[9]) Um den Auftrag im technischen Sinne — den unentgeltlichen — wird es sich vielleicht nur recht selten handeln; viel häufiger wohl um die genannten anderen Verträge, die man allerdings als Aufträge im weiteren Sinne — als unentgeltliche — bezeichnen kann Dernburg S. 473 § 163 I, Staub S. 226 zu § 48.

[10]) Goldmann S. 209, II, Gareis S. 97; v. Staudinger S. 528 Nr. 5.

[11]) Dernburg S. 475, IV, der seltsamer Weise das Prinzip aus der Ausnahme § 171 herleitet, s. unten S. 20.

[12]) Endemann S. 403, 404, 406. Dagegen Dernburg S. 375, 5.

Noch weiter geht Lenel; denn für ihn ist die empfangsbedürftige Vollmacht überhaupt nur dem Dritten gegenüber zu erklären.[13]) Seine Ausführungen erschienen aber zur Zeit des rev. Entw. des BGB. (1896); ob er sie auch jetzt noch aufrecht erhalten mag, dürfte daher recht fraglich sein.

Nach Eccius ist „der Lenelschen Konstruktion" durch das Inkrafttreten des BGB. zwar „der Boden entzogen", trotzdem habe aber in ihr ein anderer Rechtsgedanke Ausdruck gefunden, der auch für das BGB. anerkannt werden müsse.[14])

Jedoch — wir können uns hier nicht auf eine eingehende Besprechung und Kritik der widerstreitenden Ansichten einlassen[15]) — u. E. erscheint es aber im Hinblick auf die klaren Bestimmungen des BGB. kaum zweifelhaft, daß die Bevollmächtigung ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, und wer der Empfänger ist. Sie ist empfangsbedürftig; denn sie ist — von der gleich zu erwähnenden Ausnahme abgesehen, „eine Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist", (BGB. § 130)[16]); und Empfänger ist: in dem einen Falle der zu Bevollmächtigende, in dem anderen der Dritte (BGB. § 171, Abs. 1 und 2. Hälfte).[17])

Eine Ausnahme bildet nun allerdings BGB. § 171, der bestimmt: „Hat jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kund gegeben, daß er einen Andern bevollmächtigt habe, so ist dieser auf Grund der Kundgebung im ersteren Falle

[13]) Lenel S. 15, 16, 19, 25. Gegen ihn Hupka S. 97, f.

[14]) Eccius S. 210, f.

[15]) s. Planck S. 291 Nr. 2 f.

[16]) Kuhlenbeck S. 138, 1 und die in Anm. 18 genannten A. M. z. B. auch Cohn S. 57; Ventur S. 4.

[17]) v. Staudinger S. 531 Nr. 3; Planck S. 291 Nr. 2; Stegmann S. 8 u. a.

dem Dritten gegenüber, im letzteren Falle jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt . . .“

Die Ausnahme, die in diesem Paragraphen aufgestellt wird, ist jedoch recht merkwürdig: Theoretisch ist sie nämlich — keine Ausnahme; denn der Paragraph sagt nicht, daß die Vollmacht durch öffentliche Bekanntmachung erteilt werden könne, er spricht vielmehr nur von der öffentlichen Bekanntmachung einer bereits erteilten Vollmacht. Praktisch ist sie dagegen eine Ausnahme: denn die öffentliche Bekanntmachung berechtigt dort zur Vertretung.[18])

Hiermit hängt dann auch eine weitere Merkwürdigkeit zusammen: Die Kundgebung, daß Vollmacht erteilt sei, ist theoretisch ein deklaratorischer, praktisch hingegen ein konstitutiver Akt.[19])

Eine dritte Streitfrage ist, ob die Bevollmächtigung ein abstraktes oder ein kausales Rechtsgeschäft darstellt.

Einige Schriftsteller nehmen zu dieser Frage überhaupt nicht Stellung.[20]) Andere lehnen die von Vermögensübertragungen übernommenen Ausdrücke ab.[21]) Eine kleinere Gruppe tritt für die abstrakte Natur der Vollmacht ein.[22]) Die überwiegende Mehrheit erklärt sie jedoch für ein kausales Rechtsgeschäft.[23])

---

[18]) Es handelt sich also um eine gesetzlich geschaffene Ausnahme — so Endemann, S. 403 f., der jedoch die theoretische Seite der Vorschrift nicht würdigt, — nicht um eine durch „die Natur der Sache“ und durch „Analogie“ gewonnene Ausnahme — wie v. Staudinger S. 532, c), Hupka S. 108, Ventur S. 4, die ihrerseits nur der theoretischen Seite die Beachtung schenken, glauben annehmen zu müssen.

[19]) Näheres gibt v. Staudinger S. 543, Nr. 2.

[20]) (So Cosack und Mathiaß) s. Crome, S. 460, 7.

[21]) So Crome, S. 460 (und Leonhard).

[22]) v. Staudinger S. 450 f., Hupka S. 155 f. u. A. s. z. B. Stegmann, S. 8, 1.

[23]) Dernburg, S. 476, V; Planck, S. 292, Nr. 3, Dniestrzanski, S. 107 f.; v. Seeler, S. 9 f. u. a.; s. z. B. Stegmann, S. 8, 1.

Auch hier müssen wir — unseres Themas eingedenk — auf eine umfassendere Darstellung verzichten. Unserer Meinung nach unterliegt aber der abstrakte Charakter des Geschäfts keinem Zweifel, wenn wir uns erinnern (Hupka S. 162), „daß das BGB. die Bevollmächtigung mit aller Schärfe als ein nach Form und Inhalt selbständiges, vom Gestionsvertrage losgelöstes Rechtsgeschäft charakterisiert, ohne dabei mit einer Silbe anzudeuten, daß die Wirksamkeit dieses Geschäfts durch die Gültigkeit des internen Verhältnisses bedingt sein solle.“[24]) „Allerdings bedingt die selbständige Natur des Vollmachtsverhältnisses nicht bloß Unabhängigkeit in der Begründung, sondern auch Unabhängigkeit in der Erlöschungsweise der Vollmacht. Wenn aber das BGB. diese letztere Konsequenz nicht gezogen hat,[25]) so ist das eben ein Bruch in das Prinzip der selbständigen Vollmacht und nicht . . . ein Beweis für das entgegengesetzte Prinzip, daß die Vollmacht in ihrer rechtlichen Existenz nach jeder Richtung von dem Grundverhältnis abhängig ist,[26])

Unbestritten und einhellig aber wird die Prokura als abstrakte Vollmacht anerkannt (HGB. §§ 50, 52).

§ 2. Handlungsvollmacht und Prokura.

Wie im vorigen Paragraphen die Prokura als Vollmacht gegen den Auftrag hin abgegrenzt worden ist, so ist hier die Prokura als besondere Art Handelsvollmacht gegen die Handlungsvollmacht im eigentlichen oder engeren Sinne abzugrenzen.

Im weitesten Sinne umfaßt der Begriff Handlungsvollmacht sowohl die Prokura als auch die Handlungs-

---

24) BGB. § 167.

25) BGB. § 168 Satz 1.

26) Hupka, S. 162.

vollmacht im engeren Sinne, HGB. § 54 ff.[1]) Andererseits steht die Handlungsvollmacht im engeren Sinne, im Gesetze nur Handlungsvollmacht genannt, im scharfen Gegensatze zur Prokura, HGB. 48 ff. Die Handlungsvollmacht ist nämlich eine Vollmacht mit rechtsgeschäftlichem Inhalt, d. h. eine Vollmacht, deren Inhalt und Umfang beliebig gestaltet und umgestaltet werden kann, so daß also etwaige Beschränkungen nötig und zulässig sind. Sie sind also durchaus eine Vollmacht des bürgerlichen Rechts und maßgebend sind daher in erster Reihe BGB. §§ 166—176[2]) Die Paragraphen 54 ff., HBG. greifen daneben nur ergänzend ein und sind überdies nur dispositive Rechtstssätze.[3])

Einen ganz anderen Charakter trägt die Prokura.

Man hat wohl gemeint, diesen Unterschied darin finden zu können, daß die Handlungsvollmacht eine Vollmacht zur beschränkten, die Prokura eine Vollmacht zur unbeschränkten Vertretung sei.

Dies ist nicht richtig, denn die Prokura erleidet gesetzliche Einschränkungen.[4])

Ferner könnte man vielleicht geneigt sein, den Unterschied dahin zu formulieren, daß die Handlungsvollmacht eine gewillkürte, die Prokura eine gesetzliche Vertretung sei.

Dies wäre ebenfalls unrichtig, denn die Prokura wird von dem Geschäftsinhaber oder seinem gesetzlichen Vertreter durch Erklärung erteilt.[5])

Schließlich könnte man auch wohl die Verschiedenheit

---

[1]) Vgl. Gareis, Seite 96, 116, Cosack, S 106, VI.

[2]) Lehmann und Ring S. 131 (Einleitung).

[3]) Borger, S. 3, Crome, S. 70a.

[4]) Vgl. Staub, S. 227, Anm. 2 HGB. § 50, Abs. 3 fassen wir jedoch nicht als Einschränkung auf, siehe unten.

[5]) Vgl. Goldmann, S. 2. LL. III. Borger, S. 2.

der Erteilung und des Erlöschens beider Vollmachten als Merkmal betrachten wollen.

Aber auch dies träfe nicht zu, denn wenn auch solch Unterschied vorhanden, so ist er doch nicht wesentlich. Der Kern des Unterschiedes ist vielmehr der: Die Prokura ist eine Vollmacht mit gesetzlichem Inhalt und Umfang, so daß also rechtsgeschäftliche Beschränkungen mit Wirkung nach außen ausgeschlossen sind. Sie ist eine besondere Vollmacht nach Handelsrecht HGB., 48 ff., und das BGB. greift nur ergänzend ein.[6])

Die Nürnberger Protokolle[7]) erachten die Erteilung der Prokura als einen Actus legitimus, qui non recipit diem vel conditionem, die einschlägige römische Quellenstelle L. 77 D. 50, 17, welche von den actus legitimi handelt, lautet: actus legitimi qui non recipiunt diem vel condicionem veluti emancipatio (nach der Florentina Mancipatio) acceptilatio hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiandur vel temporis vel condicionis adjectionem. Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt quae aperte comprehensa vitium adferunt; nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligatio nis .condicio extiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur nullius momenti faciet actum. Was diese Stelle von den actus legitimi sagt, daß sie keine Beschränkung durch Hinzufügung einer Zeitbestimmung oder einer Bedingung vertragen, gilt nicht auch von der Prokuraerteilung, denn diese kann auch bedingt und befristet erteilt werden. Nur hat eine solche Bedingung oder Befristung nach § 50 Dritten gegenüber keine Wirkung, allerdings gilt für die Erteilung der Pro-

6) Vgl. EG HGB. Art. 2.
7) Prot. S. 77.

kura der Satz: Entweder ganze oder keine Prokura, soweit nicht das Gesetz selbst eine Ausnahme zuläßt.[8]) Demnach stellt sich die Prokura nicht nur als eine abstrakte, sondern auch als eine absolute Vollmacht dar.[9])

Ihre Begriffsbestimmung würde also lauten:

Die Prokura ist die abstrakte und absolute Vollmacht zum Betriebe eines Handelsgewerbes.[10])

II. Abschnitt.

Die Entstehung der Prokura.

§ 3. Wem kann Prokura erteilt werden?

Die Prokura entsteht durch Erteilung. Fragen wir aber, wem sie erteilt werden, wer Prokurist sein kann, so finden wir im HGB. keine Antwort. Es greifen folglich die Bestimmungen des BGB. Platz, so daß also grundsätzlich jedem Prokura erteilt werden kann, dem überhaupt Vollmacht erteilt werden kann. Hieraus folgt, daß der Prokurist Kaufmann oder Nichtkaufmann sein kann, Handelsgehilfe oder Verwandter des Geschäftsherrn, sein Freund wie dessen Frau, ja selbst der beschränkt Geschäftsfähige.[1])

Aber auch wer zu einer Gesellschaft schon in einem gewissen Rechtsverhältnis steht, z. B. als Gesellschafter, kann grundsätzlich Prokurist dieser Gesellschaft sein, so

---

[8]) Lehmann und Ring, usw.

[9]) Vgl. Lehmann und Ring, S. 136 Nr. 2.

[10]) Siehe aber v. Westenholz, S. 1 u. a.

[1]) BGB. 165; Staub S. 227, Anm. 3. Kerb S. 9 u. A. Auch der Gemeinschuldner kann Prokurist sein. Daß der Prokurist nur eine physische, nicht eine juristische Person sein kann, ergibt sich aus der Natur der Sache. Vgl. Lehmann u. Ring, S. 132, Nr. 6.

kann dem stillen Gesellschafter und dem Kommanditisten Prokura erteilt werden.[2])

Dieser Grundsatz ist jedoch nicht ausnahmslos durchzuführen. Es kann beispielsweise der durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter nicht Prokurist werden, da es nicht möglich ist, daß die Eigenschaft des Prokuristen mit der Prinzipalschaft[3]) in derselben Person zusammentrifft.[4]) Die Erteilung der Prokura wäre daher in diesem Falle unwirksam, es sei denn, daß in ihr die Aufhebung der Ausschließung von der Vertretungsbefugnis ausgesprochen sein sollte.[5])

Ebensowenig ist es tunlich, daß sich Aufsichtsamt und Geschäftsführung in einer Person vereinigen, daher kann ein Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft nicht zum Prokuristen bestellt werden. Vgl. HGB. 248.[6])

§ 4. Das Recht zur Erteilung.

Schweigt das HGB. über die Person des Prokuristen, so gibt es doch bestimmte Auskunft über die Person des Prokuraerteilers.

Nach HGB. 48, Abs. 1 kann nur der Inhaber eines Handelsgeschäftes oder dessen gesetzlicher Vertreter Prokura erteilen. Dieser Geschäftsinhaber muß aber Vollkaufmann sein, d. h. entweder ein Handelsgewerbe nach HGB. § 1

---

[2]) Vgl. RG. 31, 39, Staub S. 227, 524, 598, Anm. 4, 5; Goldmannn S. 222; Stegmann S. 24 u. A.

[3]) Behrend S. 206.

[4]) Behrend S. 263, 7; Staub S. 473, Anm. 4 aus andern Gründen, S. 227. Anm. 3 anscheinend aus gleichen Gründen.

[5]) Behrend S. 362, 7 a. M. Düringer und Hachenburg S. 176, Makower S. 89, Goldmann S. 222, Nr. 4, Lehmann und Ring S. 273, Nr. 8 und 132, Nr. 6, Kerb S. 10, v. Westernholz S. 25 f. u. A.

[6]) Staub S. 842, Anm. 1 und Stegmann S. 24.

oder ein Unternehmen nach HGB. §§ 2, 3 betreiben; denn die Vorschriften über die Prokura finden auf die sogenannten Minderkaufleute keine Anwendung, HGB. § 4.

Hervorzuheben ist, daß bei einem Unternehmen der in HGB. § 5 und 3 bezeichneten Art, wenn es Handelsgewerbe sein soll, sei es, weil nach registerrichterlicher Meinung ein nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb vorliegt, § 2, sei es nach Wahl des Land- oder Forstwirtes, der bezüglich des sich als Nebengewerbe seines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellenden Unternehmens die Kaufmannseigenschaft zu erhalten wünscht, der Inhaber mit seiner Firma im Handelsregister eingetragen sein muß, da erst mit der Eintragung die Kaufmannseigenschaft beginnt. Das gleiche Prinzip gilt für die Aktiengesellschaft, HGB. 200, Abs. 1, für die Kommanditgesellschaft auf Aktien HGB. 320, Abs. 3, und für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, G. m. b. H., § 11. Ebenso kann der Inhaber einer irrtümlich im Handelsregister eingetragenen Firma, sogenannter Scheinkaufmann, Prokura erteilen. Denn die Eintragung begründet die unwiderlegliche Vermutung, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe, und zwar dasjenige eines Vollkaufmanns ist, HGB. § 5.[1]) Bestritten ist die Frage, ob die etwaige Prokuraerteilung seitens eines Minderkaufmanns rechtliche Bedeutung hat und welche. Nach Lehmann und Ring ist die Erteilung nichtig, wenn durchaus und eben nur Prokura erteilt werden sollte, BGB. 134; sollte dagegen unter dem Ausdruck Prokura eine Generalhandlungsvollmacht verstanden sein, so hat sie als solche Gültigkeit, BGB. 140.[2]) Staub will die

[1]) Vgl. Staub S. 227, Anm. 4, Ventur S. 13, Littauer und Mosse S. 15, Anm. 4.

[2]) Lehmann und Ring S. 42, Nr. 9.

sogenannte Prokura stets als generelle Handlungsvollmacht gelten lassen,[3]) und nach Düringer und Hachenburg, sowie Makower ist es Tatfrage, welcher Umfang der damit erteilten Vollmacht beizumessen ist.[4])

Wir halten die letzte Auffassung für die zweckmäßige und schließen uns ihr daher an.[5])

Inhaber des Handelsgeschäfts kann nicht nur der Einzelkaufmann, die physische Person sein, der es allein oder mit einem stillen Gesellschafter führt, es kann auch eine juristische Person sein, wie das Reich ein Bundesstaat, ein inländischer Kommunalverband HGB. 33, 36 oder eine Handelsgesellschaft.[6])

Gesetzlich untersagt ist die Bestellung eines Prokuristen den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Gen.Ges. § 42, Abs. 2) womit eine alte Streitfrage erledigt ist.

(Vgl. Parisius und Crüger, G. m. b. H., 8. Aufl. 1905, S. 77.)

Eine ins Einzelne gehende Aufzählung, wem das Recht zur Prokuraerteilung zusteht, ist in den Arbeiten von Westenholz, und besonders von Stegmann gegeben worden. Wir meinen daher von einer Wiederholung absehen zu müssen, wollen uns vielmehr näher mit einer interessanten Streitfrage beschäftigen.

Es handelt sich um folgende Frage: Ist im Sinne des HBG. 238 das Registergericht ein Dritter? Der Paragraph bestimmt nämlich: sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag einer Aktiengesellschaft oder durch Beschluß der Generalversammlung ein anderes bestimmt ist, darf

[3]) Staub S. 74, Anm. 24; v. Hahn S. 110, Nr. 3.

[4]) Düringer und Hachenburg S. 174 I; Makower S. 18 II; c. So Schon Thöl S. 194, Nr. 4.

[5]) Aus Rechtshandlungen des angeblichen Prokuristen, die über seine Vollmacht hinausgehen, erwächst dem Dritten nur ein Anspruch nach BGB. 177, ev. 123, gegen den Minderkaufmann.

[6]) Näheres siehe bei Westenholz S. 6.

der Vorstand einen Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates bestellen. Diese Beschränkung hat Dritten gegenüber keine Wirkung.

Die Frage hat große praktische Bedeutung. Nimmt man nämlich mit Behrend[7]), Staub[8]), Lehmann und Ring[9]) u. a. an, daß unter dem Dritten auch das Registergericht zu verstehen sei, so ist diesem die Befugnis abzusprechen, die Berechtigung des Vorstandes zur Bestellung des Prokuristen einer Prüfung zu unterwerfen und beim Fehlen der Berechtigung die Eintragung abzulehnen. Erblickt man dagegen mit dem Kammergericht[10]) und mit Goldmann[11]) in dem Registergericht keinen Dritten, so ist es so berechtigt wie verpflichtet, den Nachweis der Zustimmung des Aufsichtsrates für die Eintragung der Prokura zu verlangen.[12])

Wir müssen uns zu der letzteren Auffassung bekennen; denn unter Dritten kann naturgemäß nur der begriffen werden, zu dem der Vorstand in eine rechtsgeschäftliche Beziehung tritt, das ist aber bei dem Registergericht doch keineswegs der Fall, überdies würde die Konsequenz der entgegengesetzten Ansicht zu dem unhaltbaren Zustand führen, daß das Registergericht eine gesetzwidrige Handlung des Vorstands durch die Eintragung sanktionieren müßte.[13])

Es bliebe uns nun zu untersuchen, welchen Einfluß

---

[7]) Behrend S. 847, 2.

[8]) Staub S. 808, Anm. 8.

[9]) Lehmann und Ring S. 477, Nr. 3.

[10]) Entscheidungen Bd. 2, S. 74 ff.

[11]) Goldmann S. 992, Nr. 15.

[12]) Zit. Entscheidung S. 78.

[13]) Zit. Entscheidung S. 77, Goldmann Bd. 2, S. 993, Nr. 5; vgl. auch die allerdings nicht ausschlaggebenden Motive zum A. HGB. Art. 234, S. 230 ff.

die Liquidation und der Konkurs auf die Fähigkeit der Prokuraerteilung ausüben.

Hinsichtlich der Liquidation ist zu bemerken, daß wohl der liquidierende Einzelkaufmann, nicht aber eine liquidierende Handelsgesellschaft einen Prokuristen bestellen kann. Der Grund ist, daß der Einzelkaufmann trotz der Liquidation Kaufmann bleibt und jenes Recht erst mit Ende seiner Kaufmannseigenschaft verlieren würde,[14]) daß dagegen bei den Handelsgesellschaften teils positive gesetzliche Bestimmungen — so für die Aktien- und Commanditaktiengesellschaften HGB. 298, Abs. 4, 320, Abs. 3, teils logische Erwägungen so bei der offenen Handelsgesellschaft und Commanditgesellschaft die Bestellung verbieten.

Letzteres ist freilich nicht unbestritten, so behauptet z. B. Cosack[15]) daß die Liquidationsgesellschaft durchaus neue Prokuren erteilen dürfe. Die herrschende Meinung aber, der wir hier folgen, steht nicht auf diesem Standpunkt und zwar aus folgender Erwägung: Der Geschäftskreis der Liquidatoren ist in vieler Beziehung ein beschränkterer als der des Prokuristen. Die Gesellschafter, welche die Liquidation beschließen, daneben aber einen Prokuristen für die in Liquidation befindliche Gesellschaft bestellen, geben eine in sich widersprechende Erklärung ab, denn der Beschluß, daß die Liquidation erfolgen solle, enthält die Erklärung, daß künftig nur noch die zur Liquidation erforderlichen Handlungen namens der Firma vorgenommen werden sollen, die zur Abwickelung der Liquidation be-

---

14) Dies wäre der Fall, wenn der Gewerbebetrieb eingestellt würde; Staub, S. 35 Anm. 25 (vgl. übrigens Staub, S. 542 Anm. 1, Makower, S. 4 G, v. Westenholz, S. 10, u. a.).

Der Komplimentär einer aufgelösten stillen Gesellschaft, der das Handelsgewerbe fortsetzt, kann aus dem gleichen Grunde Prokura erteilen, Makower, S. 861 ff.; Staub, S. 36 Anm. 25.

15) Cosack, S. 520 Nr. 8 b.

stellten Liquidatoren können nun zweifellos nicht mehr Rechte übertragen als sie selbst besitzen nach dem Grundsatze Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet. Aus diesem Grunde können sie auch keine Prokura erteilen, denn diese würde infolge ihrer Unbeschränkbarkeit nach außen den Zweck der Liquidation, das ist die Beendigung der laufenden Geschäfte, in Frage stellen.[16]) Man wird danach eine von einer Liquidationsgesellschaft erteilte Prokura als solche für unwirksam erklären müssen und höchstens als Handlungsvollmacht mit den Befugnissen eines Liquidators bestehen lassen können.

Das Gesagte gilt natürlich nicht für die stille Gesellschaft, denn bei dieser findet eine Liquidation überhaupt nicht statt, so wenig wie bei der Auflösung des Handelsgewerbes eines Einzelkaufmanns. Auch kann ja der Inhaber des Handelsgewerbes nach Auflösung der Gesellschaft das Handelsgewerbe unter seiner bisherigen Firma ungeändert fortführen.

Im Gegensatze zu dem Fall der Liquidation hat beim Konkurse die Frage nach der Kaufmannseigenschaft keine Bedeutung. Einzelkaufmann[17]) und Handelsgesellschaft verlieren nämlich in diesem Falle zwar nicht die Handlungsfähigkeit schlechthin, wohl aber die Befugnis über die Konkursmasse zu verfügen (KO. § 6, 7). Für ein

---

[16]) ROHG. Bd. 13, S. 224 ff.; Makower, S. 89; Düringer und Hachenburg S. 175, I.; Staub, S. 227 Anm. 4; v. Westenholz S. 11 u. a. Wir müssen hier jedoch vorgreifend s. unten S. 42 ff. darauf hinweisen, daß wir die Vertretungsmacht des Prokuristen auf das Handelsgewerbe des Inhabers beschränken, während sie die herrschende Meinung und so auch die zit. Entscheidung auf den Betrieb eines Handelsgewerbes überhaupt objektiv betrachtet ausdehnt. Immerhin ist sie umfassender als die des Liquidators.

[17]) Ob die Konkurseröffnung für den Einkaufmann den Verlust der Kaufmannseigenschaft herbeiführt, ist Tatfrage. Und näheres s. v. Westenholz, S. 13 ff. und unten S. 74.

zur Konkursmasse gehörendes Geschäft kann daher der Gemeinschuldner keine Prokura erteilen,[18]) ebensowenig kann es aber auch der Konkursverwalter, denn er ist nicht der gesetzliche Vertreter des Cridars.[19])

§ 5. Die Art[1]) der Erteilung.

Wie über das Recht so trifft das HGB. auch über die Art der Prokuraerteilung Bestimmungen. So kann sie nach § 48 Abs. 1 nur mittels ausdrücklicher Erklärung erfolgen. Eine stillschweigende Erklärung z. B. durch Duldung der Bezeichnung als Prokuristen ist hier[2]) also nicht ausreichend. Sie könnte aber als Handelsvollmacht oder als Genehmigung der betreffenden Geschäfte wirken.[3])

Das alte Handelsgesetzbuch hob in Art. 41 3 Arten der Willenserklärung hervor: Die Erteilung einer ausdrücklich als Prokura bezeichneten Vollmacht, die ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als Prokuristen, und die Ermächtigung per prokura die Firma zu zeichnen. Das neue HGB. erwähnt sie nicht mehr, sie können jedoch als Beispiele gelten, erschöpfend ist diese Aufzählung also nicht. Es würde daher auch sicher genügen, wenn der Kaufmann erklärt, er erteile einem Dritten Vollmacht zu seiner Vertretung nach Maßgabe des § 48 oder des § 49 HGB.[4])

---

18) Schulze-Görlitz, S. 453, Staub, S. 228 Anm. 4, Stegmann, S. 23, v. Westenholz, S. 15, 16 u. a.

19) Sydow und Busch, S. 35, 6 über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters s. RGE. Bd. 29, S. 29 ff.

1) Wir sagen aus dem Grunde Art, weil eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist.

2) Anders bei der gewöhnlichen Vollmacht.

3) Littauer und Mosse, S. 62 Nr. 2, Staub, S. 228 Anm. 5 u. a.

4) Staub, S. 228 Anm. 5, Gareis, S. 103 ff., Makower, S. 89, II, Düringer und Hachenburg, S. 175, II, Lehmann und Ring, S. 132 Nr. 7 u. a.

Soll eine Kollektivprokura erteilt werden, so muß sich aus der Erteilung auch ergeben, daß die Prokuristen eben gemeinschaftlich auftreten sollen, andernfalls könnte man darin auch eine Erteilung mehrerer Einzelprokuren erblicken.“ Das Gesetz stellt keine Präsumption weder nach der einen noch nach der andern Richtung auf.[5])

Die Zeichnung des Prokuristen hat in der Weise zu geschehen, daß er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatz beifügt HGB. § 51 Anm. 6.

Mit der Erteilung der Prokura ist die nach HGB. § 53, Abs. 1 erforderliche Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister nicht zu verwechseln. Die Eintragung der Prokura in das Handelsregister hat zwar nicht konstitutive sondern nur deklaratorische Bedeutung, sie begründet auch nicht öffentlichen Glauben wie die Eintragung im Grundbuch, aber sie begründet die Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen, vorausgesetzt, daß die Eintragung bekannt gemacht ist, es treten dann die Wirkungen des § 15 HGB. ein und die Bestimmungen des BGB. über die Wirksamkeit der Vollmacht gegenüber Dritten außer Anwendung. Insoweit ist also die Eintragung der Prokura im Handelsregister, welche durch Ordnungsstrafe vom Registergerichte laut § 14 HGB. erzwungen werden kann, und deren Bekanntmachung von Bedeutung.

Falls sich ein Geschäftsinhaber einem andern gegenüber zur Prokuraerteilung verpflichtet hat, so ist eine Klage auf Erteilung im Sinne der CPO. § 894, ausgeschlossen, dies ist aus der freien Widerruflichkeit der Prokura zu folgern, HGB. § 52. Einem etwaigen Schadenersatzanspruche steht dagegen nichts im Wege.[7])

---

[5]) Behrend, S. 368, v. Westenholz, S. 29 Anm.

[6]) z. B. Per Prokura, P. P. R., oft auch nur PP. oder P.

[7]) ROHG. Bd. 5 Nr. 77. RGE. Bd. 27 S. 35.

III. Abschnitt.

Der Inhalt und Umfang der Prokura.

§ 6. Der Inhalt und Umfang im allgemeinen.

„Die Prokura ist eine Handelsvollmacht mit gesetzlichem Inhalt und Umfang. Sie ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.“ So bestimmt HGB. § 49, Abs. 1. Wir gelangen hier zur Frage, was will der Gesetzgeber mit den Worten der Betrieb eines Handelsgewerbes sagen? Theorie und Praxis stimmten bisher überein, daß die Prokura die Vollmacht zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen enthielte, welche in dem Betrieb irgend eines Handelsgewerbes überhaupt vorkommen könnten.[1]) Darnach könnte also der Prokurist einer Eisenhandlung auch Bankiergeschäfte vornehmen, und es wäre nicht ausgeschlossen, daß ein Weinhändler von einer Reise zurückkehrend, sich als Bankier wiederfinden kann, wie Thöl als Beispiel anführt.

Diese weite Ausdehnung hat das Gesetz nicht beabsichtigt, sie tritt nach unserer, in kaufmännischen Kreisen eingezogenen Erkundigung auch praktisch nicht in Wirkung. Die Gefahren, welche aus dieser fast schrankenlosen Prokura für den Inhaber eines Handelsgewerbes im einzelnen Fall entstehen könnten, sind unermeßliche, der Geschäftsinhaber wäre vollständig der Willkür seines Prokuristen überantwortet. Dieser wäre durch die Prokura für alle Handlungen geschützt, soweit sie sich nicht als unerlaubte qualifizieren und als solche eine Haftung gegenüber dem Geschäftsherrn begründen würden; wenn

[1]) Cosak, S. 106, Nr. 3; Thöl, § 56, I, S. 192; Behrend, I, S. 364, Abs. 2, ROHG. Bd. XIII, S. 224.

Allfeld[2]) sagt, „wer die Vorteile eines Alter ego haben wolle, müsse auch die damit verbundene Gefahr übernehmen“, so verkennt er die eigentliche Bedeutung des Alter ego. Auf diese Bedeutung werden wir an späterer Stelle noch zu sprechen kommen.

In neuerer Zeit hat sich endlich Gareis[3]) gegen die herrschende Meinung gewandt und erklärt, daß in den Worten eines Handelsgewerbes nur das konkrete Handelsgewerbe des betreffenden Geschäftsinhabers verstanden werden kann. Gareis hat mit seiner Meinung die praktische Kaufmannswelt wohl geschlossen hinter sich. Wir haben bei einer erklecklichen Anzahl größerer und minder größerer Einzelfirmen und Handelsgesellschaften Erkundigungen eingezogen über die in der Handelswelt bestehende Meinung hinsichtlich des Umfanges einer vorbehaltlos erteilten Prokura und haben durchweg die Auffassung von Gareis bestätigt erhalten, daß sich der Umfang der Vollmacht eines Prokuristen „natürlich“ nur auf den Geschäftskreis der jeweiligen Firmen erstrecken kann, soweit „nicht juristische Kaufleute und Industrielle in Betracht kamen, zeigte sich Erstaunen, daß man in der Theorie und in der juristischen Praxis der Prokura eine solche ungeahnt weitausgedehnte Vollmacht zuschreibt. Diese Auffassung von der einschränkenden Natur der Vollmacht des Prokuristen dürfte auch eine Umfrage in Prokuristenkreisen bestätigen. Man könnte einwenden: nicht das Meinen und Wünschen des Kaufmannstandes, sondern die Bestimmungen des Gesetzes sind maßgebend und Ignorantia juris semper nocet. Wir entgegnen hierauf: Das Gesetz sagt gar nicht, daß die Prokura zu allen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, welche in irgend einem Handelsgewerbe über-

---

[2]) Allfeld, S. 253, V.

[3]) Gareis, Handelsgesetzbuch, § 49, Anm. 1 und 4, S. 69.

haupt vorkommen können, es schränkt dieselbe vielmehr schon dem Sinne nach auf die Geschäfte und Rechtshandlungen ein, die der Betrieb des Handelsgewerbes des betreffenden Geschäftsinhabers, wenn auch in außerordentlicher Weise, mit sich bringt. Ehe wir jedoch unsere Ansicht entwickeln, wollen wir nach den Gründen der Gegner fragen.

Die einen geben gar keine Gründe an, die andern berufen sich auf Autoritäten wie Thöl u. a., die ihrerseits übrigens bisweilen auch keine Gründe angeben, die dritten verweisen auf die Protokolle, die das Wort „eines" in der Tat als „irgend eines interpretieren[4]), die vierten endlich glauben ihre Ansicht im Gesetze selbst begründet, indem sie teils das Wort „eines" für gleichbedeutend mit „irgend eines" halten, teils ihm diese Bedeutung wegen des in § 54 enthaltenen Wortes „eines derartigen" meinen zuschreiben zu müssen. Alle vier Gruppen legen unseres Erachtens zuviel Gewicht auf den Schutz des Publikums. Die Protokolle[5]) sagen: „Es soll .... kein Zweifel bestehen, daß ..... der Prinzipal auch für die Kolonialwarengeschäfte seines für die Maschinenfabrik bestellten Prokuristen aufkommen müsse, dies erfordert die Sicherheit des Publikums, welches nicht zu ermessen vermöge, ob ein solcher Prokurist .... nicht etwa dennoch im Auftrage seines Prinzipals handle, indem der Prinzipal sich etwa entschlossen haben könnte, einmal Kolonialwarengeschäfte zu machen."

Auf diese in den Protokollen niedergelegte Anschauung baut die herrschende Meinung ihre Ansicht auf, ihr gegenüber ist zu betonen, daß die Protokolle nur die Ansichten

---

[4]) Protokolle S. 90 ff., 951 (nicht 591, wie z. B. bei Kerb, S. 13, 3 zu lesen ist. Über die Gründe der Protokolle siehe vor. Anm.)

[5]) Protokolle S. 90 ff.

einzelner Kommissionsmitglieder enthalten, also durchaus nicht als Wille der Allgemeinheit zu gelten haben, mithin auch nicht als authentisches Auslegungsmittel hinsichtlich einer Gesetzesvorschrift betrachtet werden dürfen. Es muß der doktrinellen Interpretation überlassen sein, den wirklichen Sinn des Gesetzes zu erforschen. Dieselbe hat sich dabei mit der grammatischen und logischen Auslegung zu befassen. Fassen wir zunächst die grammatische Seite ins Auge: 1) das Wort „eines“, oder im Nominativ gesagt „ein, eine, ein“, hat drei Bedeutungen, je nachdem es betont oder unbetont ist. Unbetont ist es der unbestimmte Artikel, betont bedeutet es entweder als unbestimmtes Fürwort „irgend ein“ oder als Zahlwort „ein“ (ein einziger).[6]) Darnach ist es unrichtig, das Wort „eines“ ohne weiteres mit „irgend eines“ zu identifizieren. Mit demselben Rechte könnten wir „eines einzigen“ dafür einsetzen, und kämen dann zu dem gerade entgegengesetzten Ergebnis: „Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb „eines einzigen“ Handelsgewerbes mit sich bringt. Und unter diesen könnte dann eben nur das Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers verstanden werden.

Wenn man nun fragen sollte, woran die Bedeutung des Wortes „ein, eine, ein“ zu erkennen sei, so ist zu entgegnen, daß es als Zahlwort in der Sprache durch den Ton, im Druck ev. durch Sperr- oder Fettdruck, bei gleichem Druck aber in allen Fällen nur aus dem Sinn und dem Zusammenhang der Sätze seine wahre Bedeutung erhält.

2) Es wäre aber auch möglich, daß auch außerhalb solchen Zusammenhanges, nämlich durch ein späteres ent-

[6]) Vgl. z. B. Bauer, Duden u. a. Grammatiken.

gegengesetztes Wort, das „ein“ in seiner eigentlichen Bedeutung hervorträte. In solchem Falle wäre der Sinn des „ein“ entweder offen geblieben, d. h. der Satz wäre allein an sich unverständlich gewesen, hätte aber durch die nachträgliche Deutung des Wortes „ein“ einen andern Sinn annehmen müssen.[9])

Ein solcher Fall liegt wohl für alle diejenigen vor, die die Erklärung des Wortes „eines“ erst in dem späteren Worte „eines derartigen“ in § 54 finden. Der Gegensatz dieses „derartigen“ in § 54 — folgern sie — zu jenem „eines“ in § 49 beweise, daß unter „eines“ nur „irgend eines“ verstanden werden könne und müsse.[10])

Wir können uns dieser Ansicht nicht anschließen, und zwar aus folgenden Gründen:

In unmittelbarer Beziehung zum § 49 steht das Wort „eines derartigen“ überhaupt nicht, vielmehr lediglich mit den Worten „Betrieb eines Handelsgewerbes“ in § 54. Diese Worte deutet es — deklarativ — zweifellos als Betrieb des Handelsgewerbes des Inhabers.

Mittelbar wäre es dagegen vielleicht auch zu den Worten „Betrieb eines Handelsgewerbes“ im § 49 in Beziehung zu setzen. Diese Beziehung wäre aber — falls überhaupt angängig — keineswegs gegensätzlicher Natur. Denn wenn das Wert „eines derartigen“, die in § 54 enthaltenen Worte „Betrieb eines Handelsgewerbes“ mit Betrieb des Handelsgewerbes des Inhabers interpretiert, so müßte es die gleichen, buchstäblich übereinstimmenden Worte des § 49 doch in genau der gleichen Weise interpretieren, nämlich auch mit dem Betrieb des Handelsgewerbes des Inhabers. Jedenfalls will es uns unfaßbar erscheinen, wie ein und dasselbe Wort — „eines

---

9) Siehe dagegen unten S. 52.

10) Vgl. Littauer und Mosse S. 62 Nr. 2 und alle a.

derartigen“ — genau übereinstimmenden Worte — „Betrieb eines Handelsgewerbes“ — in doppeltem, ganz entgegengesetztem Sinne „Betrieb des Handelsgewerbes des Inhabers“ und „Betrieb irgend eines Handelsgewerbes“ auszulegen imstande sein sollte!

Wir wollen entgegen der herrschenden Ansicht unsere durch Gareis gegründete Auffassung auf den in die Augen fallenden Zusammenhang zweier anderer Paragraphen stützen, nämlich der §§ 48 und 49 Abs. 1. Liest man nämlich diese beiden Paragraphen unbefangen hintereinander durch, so zieht sich ihr Hauptinhalt in folgende Worte zusammen: Die Prokura kann nur von dem Geschäftsinhaber usw. erteilt werden und ermächtigt zu allen Arten usw., die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, oder noch kürzer: die nur von dem Geschäftsinhaber usw. zu erteilende Prokura ermächtigt zu allen Arten usw. die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.[11])

Wenn man diesen inneren, innigen Zusammenhang der §§ 48 und 49 im Auge behält, so kann u. E. die Frage, was für ein Handelsgewerbe denn wohl gemeint sei, gar nicht aufgeworfen werden.

Die herrschende Lehre tut dem Gesetze Gewalt an.

Sie zerschneidet den natürlichen Zusammenhang zwischen den §§ 48 und 49,

sie schafft einen gekünstelten Gegensatz zwischen den Worten „eines“ in § 48 und „eines derartigen“ § 54 und

führt zu jener sehr bedenklichen Art der Erläuterung, wonach der Sinn eines Satzes erst durch ein 5 Paragraphen hintenach folgendes Wort verständlich wird — „der Betrieb eines Handelsgewerbes“ in § 49 durch das

[11]) Vgl. auch die Andeutung bei Gareis und Fuchsberger, S. 1402, für das a. HGB.

Wort „eines derartigen“ in § 54 als „Betrieb irgend eines Handelsgewerbes.“

Als Resultat unserer Ausführungen ergibt sich demnach: Aus den Worten des HGB. läßt sich die von der herrschenden Meinung in Anspruch genommene Machtbefugnis des Prokuristen, alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, die überhaupt im Handelsverkehr möglich sind, nicht ableiten.

Zum gleichen Ergebnisse gelangen wir vom Standpunkte der logischen Interpretation aus, wenn wir die Bedeutung der Vorschrift des § 49 Abs. 1 aus dem Zwecke der Prokura und der Veranlassung der gesetzlichen Aufstellung derselben als eines besonderen Rechtsinstitutes des Handelsverkehrs ins Auge fassen. Der Zweck der Prokura ist, dem Handelsgeschäftsinhaber die Last und die Mühe, die der Betrieb seines Handelsgewerbes bringt, unter Fortdauer seiner eigenen Haftung in vollem Umfang auf andere Schultern abzuwälzen. Der Andere soll als sein Vertrauensmann seine eigene Person im Geschäfte repräsentieren; er soll sein alter ego im Geschäfte sein. In diesem Anvertrauen des ganzen Geschäftes seitens des Prinzipals an den Andern ist für letzteren die Verpflichtung entstanden, das anvertraute Geschäft dem Willen des Herrn entsprechend zu führen und zu verwalten. Die Prokura beruht im allgemeinen zwar nicht auf einem Auftragsverhältnis, allein als den stillschweigend erklärten Willen des Prinzipals wird man es unbedenklich erachten dürfen, daß der Prokurist das ihm anvertraute Geschäft nach der Intention des Prinzipals führen soll. Dieser Intention würde aber der Prokurist nicht folgen, wenn er alle möglichen andern Branchen, nur nicht die vom Prinzipal ihm übergebenen, betreiben würde. Er mag zwar in einzelnen Fällen Geschäfte abschließen, die der Betrieb des Geschäfts seines Handels-

herrn sonst nicht mit sich bringt, die also nur außerordent-ordentlicher Weise abgeschlossen werden, weil es eben die konkrete Geschäftslage mit sich bringt oder weil es im Interesse des Geschäftes dienlich erscheint.

So kann möglicherweise ein Bankhaus, das Aktien einer Brauerei besitzt, oder derselben Darlehen gegen Hypotheken geliehen hat, sich gezwungen sehen, die Brauerei, wenn auch nur vorübergehend zu Eigentum und eigener Verwaltung zu übernehmen. Dann kann es im Interesse der Bank liegen, um sich vor Schaden zu bewahren, Geschäfte der Brauereibranche einzugehen. Dem Prokuristen des Bankhauses muß deshalb unbedenklich die Befugnis zugestanden werden, seinen Geschäftsherrn unmittelbar verpflichtende Geschäfte der Brauereibranche vornehmen zu dürfen.

Trotz dieser somit festgestellten Grenze bleibt aber die Prokura eine weit inhaltsreichere Vollmacht als die Handelsvollmacht i. e. S.

Vornehmlich kann der Prokurist, da er zu allen Arten von Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt ist, auch ungewöhnliche oder außergewöhnliche Geschäfte abschließen. (§ 49 Abs. 1); der Handlungsbevollmächtigte ist, wie wir gesehen haben, dagegen ausdrücklich auf die gewöhnlichen beschränkt (§ 54 Abs. 1).

Der Prokurist kann mit Wirkung für bezw. gegen seinen Prinzipal Geschäfte aller Art und in jeder Höhe innerhalb des Betriebes des Geschäftes des letzteren abschließen, wogegen der Handlungsbevollmächtigte nur solche Geschäfte mit Wirkung für seinen Vollmachtgeber schließen kann, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes g e w ö h n l i c h mit sich bringt. Der Handlungsbevollmächtigte ist also vor allem nicht berechtigt, ungewöhnliche und außerordentliche Geschäfte für seinen Vollmachtgeber abzuschließen. Würde z. B. der Handlungs-

bevollmächtigte einer Weinhandlung von einer Terrain-Aktien-Gesellschaft für seine Firma Aktien kaufen wollen, um damit Grundstücksspekulationen für die Firma zu treiben, so würde die Firma zweifellos für dieses Kaufgeschäft ihres Handlungsbevollmächtigten der Terrain-Gesellschaft nicht aufzukommen haben. Im einzelnen Falle wird der nicht vorsichtige Gegenkontrahent allerdings nicht gewahr werden, ob er es mit einem Prokuristen oder einem bloßen Handlungsbevollmächtigten zu tun hat; denn wenn der Bevollmächtigte sich weder als Prokurist noch als Handlungsbevollmächtigter legitimiert, sondern nur als bevollmächtigter Vertreter der Firma N. N. und auch bei einer allenfallsigen schriftlichen Vertragsfixierung die Ordnungsvorschrift des § 51 oder 57 umgeht, so erkennt der andere Vertragsteil die Eigenschaft seines Gegners nicht. In diesem Falle handelt er eben dann auf seine Gefahr. In dem oben erwähnten Beispiel des Aktienkaufes würde beim Abschluß durch einen Handlungsbevollmächtigten die Aktiengesellschaft mit ihrer Klage gegen die Firma des Handlungsbevollmächtigtigten abgewiesen, da sich die Vollmacht eines Handlungsbevollmächtigten einer Weinfirma auf derartige Geschäfte nicht erstreckt und die gesetzliche Beschränkung der Handlungsvollmacht jedem Dritten gegenüber wirkt, was der Abs. 3 des § 54 klar zum Ausdruck bringt.

Fraglich ist, was das Gesetz mit der Nebeneinanderstellung der Begriffe Geschäfte und Rechtshandlungen hat sagen wollen.

Ventur meint zwar, der Ausdruck „Geschäfte und Rechtshandlungen“ sei kein gesetzestechnischer; er sei aus dem alten Handelsgesetzbuch herübergenommen und gebe zu Bedenken keinen Anlaß.[12]) Aber damit ist nichts

[12]) Ventur, S. 20, W.

gesagt, man müßte nun wiederum fragen: was hat das a. HGB. darunter verstanden?

Wendt erklärt die Worte dahin, daß unter den Begriff „Rechtshandlungen" alle rechtlich erheblichen Handlungen, also auch die Rechtsgeschäfte, zu subsumieren seien, unter dem Begriff „Geschäfte" aber solche Handlungen, die „nicht zugleich als Rechtshandlungen zu bezeichnen seien".[13]) Es handelt sich nach ihm demnach um den Gegensatz von „tatsächlichen und rechtlichen Handlungen.".

Sehr richtig bemerkt demgegenüber Borger, daß es doch höchst unwahrscheinlich wäre, wenn ein Gesetzbuch von Geschäften spräche, die für das Rechtsleben nicht in Betracht kämen. Er versteht daher unter „Geschäften" Rechtsgeschäfte und unter „Rechtshandlungen" alle übrigen rechtlichen Handlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind, und erklärt die besondere Hervorhebung der Geschäfte damit, daß sie „die wichtigste und bei weitem am häufigsten vorkommende Gruppe aller Rechtshandlungen seien.[14])

Vielleicht aber ist in dieser Nebeneinanderstellung auch nur die tautologisch verstärkte Betonung der Befugnisse des Prokuristen zu erblicken.

Außer den bisher erörterten rein handelsrechtlichen Punkten haben wir bei hier der allgemeinen Betrachtung des Inhalts und Umfanges der Prokura zwei weitere, in das bürgerliche Recht übergreifende Fragen zu erledigen.

Die wichtigere der beiden Fragen ist, ob der Prokurist als solcher mit sich selber als Vertreter eines Dritten in eigenen Namen kontrahieren könne. Da

---

[13]) Wendt, S. 280 f.

[14]) Borger, S. 18 f. wie Wendt neuestens wieder Kerb, S. 13, 1.

das HGB. darüber schweigt, so entscheidet BGB. § 181: „Der Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

Das Kontrahieren mit sich selbst ist also grundsätzlich unzutässig, ausnahmsweise zulässig aber 1. wenn es dem Vertreter gestattet ist, oder 2. wenn sich das Rechtsgeschäft auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit beschränkt.

Erforderlich ist selbstverständlich, daß das Kontrahieren mit sich selbst in irgend einer Art in die äußere Erscheinung tritt. Das Gesetz stellt zwar dieses Erfordernis nicht auf, es ergibt sich jedoch aus der Erwägung, daß ein Wille ohne Erklärung als ein lediglich innerer Vorgang unbeachtlich ist. Ob dies nun durch Erklärung vor Zeugen oder durch Eintragung in die Geschäftsbücher oder durch das Nehmen des Geldes aus der einen und Hineinlegen in die andere Kasse oder durch eine sonstige Willensbetätigung geschieht, ist gleichgültig. Ein auffallend in die äußere Erscheinung tretender Fall wäre z. B. das Auflassen eines Grundstückes, das der Vertreter von dem Vertretenen erwirbt oder umgekehrt.[15])

In den Fällen, wo es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, ist zu bemerken, daß nur reale Erfüllung, nicht Leistung an Erfüllungsstatt gestattet ist (BGB. § 362, Abs. 1). Aufrechnung ist dagegen als zulässig zu erachten (BGB. § 387), da sie dieselbe Wirkung hat, wie gegenseitige Zahlung, die dem Vertreter[16]) freisteht.

---

15) Staub, 255, Anm. 13; Planck, S. 315.

16) Dernburg, S. 496, 4; Kuhlenbeck, S. 147, 2; A. M. Planck, S. 315; Goldmann, S. 219 (aa) u. a.

In jenen andern Fällen, wo das Kontrahieren mit sich selbst von der Gestattung abhängig ist, ist nun aber ein doppeltes zweifelhaft: Was bedeutet Gestattung und wie weit erstreckt sich die Gestattung?

Endemann verlangt, daß die Gestattung ausdrücklich geschehe.[17]) Dieses Verlangen rechtfertigt aber weder der allgemeine Sprachgebrauch, noch eine gesetzliche Vorschrift.

Im Gegenteil erhellt aus einer Vergleichung des § 181 mit § 664, indem der gleiche Ausdruck „gestattet“ verwendet wird und „offensichtlich“ nicht ausdrückliche „Erlaubniserteilung“[18]) gemeint ist, daß jedwede, also auch die stillschweigende Gestattung möglich ist.[19]

Solche (stillschweigende) Gestattung ist nach Staub stets da als vorhanden zu betrachten, wo das Kontrahieren mit sich selbst „innerhalb der Vertretungsvollmacht“ liegt, wo also der Betrieb eines, „oder wie wir sagen müssen: des betreffenden „Handelsgewerbes es mit sich bringt“.[20])

Diese Auffassung dürfte nicht zutreffend sein und zwar aus folgendem Grunde:

Es gibt wohl Handelsgeschäfte, die der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringen kann, die aber zu schließen trotzdem dem Prokuristen untersagt sind. Allerdings ist solche „Beschränkung des Umfanges der Prokura Dritten gegenüber unwirksam“ (HGB. § 50)[21]), sie müßte daher auch dem Prokuristen als Dritten gegenüber ohne

---

[17]) Endemann, S. 400, 32.

[18]) Staub, S. 254, Anm. 11.

[19]) Dernburg, S. 497, Nr. 2; Goldmann, S. 219 (bb); Borger, S. 15. — Wo das Gesetz ausdrückliche Erklärung fordert, wird dies auch besonders erwähnt, so HGB. § 48, BGB. §§ 244, 700, Abs. 2 u. a. Vgl. auch Plank, Erl. 2 zu § 181.

[20]) Staub, S. 254, Anm. 11.

[21]) Darüber siehe unten S. 79, § 9.

Wirkung sein. Jenes allgemeine ausdrückliche Verbot schließt aber die Annahme einer dem Prokuristen stillschweigend erteilten speziellen Erlaubnis, jene Geschäfte mit sich selbst zu schließen, ohne weiteres aus, es fehlt daher hier an dem von BGB. § 181 aufgestellten Erfordernis der Gestattung. In einem solchen Fall ist aber das Kontrahieren mit sich selbst unzulässig, und dies gesetzliche Verbot ist gegen den Prokuristen als Prokuristen wie als Dritten wirksam.

Eine stillschweigende Gestattung ist folglich nicht, wie Staub meint, in bezug auf alle innerhalb der Prokuristenvollmacht liegenden Geschäfte anzunehmen, sondern nur hinsichtlich derer, die dem Prokuristen nicht verboten worden sind.[22])

Als Resultat gewinnen wir demnach in den besonderen Fällen des „Kontrahierens mit sich selbst", ist der Umfang der Prokura durch die besonderen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes beschränkt. —

Eine zweite Frage ist, ob auf die Prokura auch BGB. § 174, Satz 1 Anwendung findet. Dieser Paragraph bestimmt: „Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist."

Düringer und Hachenburg[23]), Goldmann[24]), Staub[25]), auch Borger[26]) u. a. halten diese Vorschrift

---

[22]) So auch — wenn auch mit abweichender Begründung — Borger, S. 16f.

[23]) Düringer u. Hachenburg, S. 167, Nr. 3f.

[24]) Goldmann, S. 215.

[25]) Staub, S. 228, 229, Anm. 7.

[26]) Borger, S. 11.

für grundsätzlich anwendbar, Lehmann und Ring für unanwendbar.[27])

Außer Borger begründen die ersteren ihre Ansicht nicht, dieser aber führt aus: Die Anwendbarkeit des Bürgerlichen Gesetzbuches ist nach EG. BGB. Art. 2 „in den Fällen ausgeschlossen“, für die „das HGB. bezw. das EG. HGB. selbst Bestimmungen getroffen hat“. Da sich nun in diesen beiden Gesetzen überhaupt keine Vorschriften über die Wirksamkeit der durch einen Vertreter geschlossenen Geschäfte finden, hierfür also das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend ist, so kann auch kein Zweifel darüber herrschen, daß § 174 auf die Prokura grundsätzlich anwendbar ist.[28])

So richtig diese Ausführungen auch im allgemeinen sind, so übersieht doch hier Borger, daß die Prokura zu allen Rechtsgeschäften ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, der Prokurist also zu zwei- und einseitigen Geschäften bevollmächtigt ist. „Darum“ — so folgern Lehmann und Ring, — „ist BGB. § 174 .... auf den Prokuristen nicht anwendbar, denn diese Vorschrift will den für den Dritten bestehenden Zweifel an der Vollmacht zu dem einseitigen Rechtsgeschäft beseitigen. Solch Zweifel ist bei der Prokura gar nicht möglich. Hier handelt es sich lediglich um die Frage, ob der Betreffende Prokurist ist oder nicht, in welcher Beziehung § 15 aushilft.“[29])

§ 7. Der Inhalt und Umfang im besonderen.

Eine erschöpfende positive Aufzählung der Vertretungsbefugnisse des Prokuristen ist bei ihrer großen Mannig-

[27]) Lehmann u. Ring, S. 134.

[28]) Borger, S. 12.

[29]) Lehmann u. Ring, S. 134. — Näheres siehe bei Borger, S. 11—15.

faltigkeit unmöglich. Immerhin sollen einige der wichtigsten hier Erwähnung finden.

Nach HGB. § 49, Abs. 1 ist der Prokurist zur Vornahme der verschiedensten „gerichtlichen und außergerichtlichen“ Geschäfte und Rechtshandlungen ermächtigt. Diese Reihenfolge werden wir jedoch nicht innehalten, vielmehr — dem Regelfall entsprechend — mit einigen „außergerichtlichen“ Rechtshandlungen beginnen.

So ist der Prokurist zunächst befugt, zum Abschluß von Kaufverträgen, zur Entgegennahme und Leistung von Zahlungen, zur Annahme und Erteilung von Aufträgen, Bestellungen usw. Auch ist er — im Gegensatz zum Handlungsbevollmächtigten — i. e. S. (HGB. § 54, Abs. 2) — ipso jure zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten und zur Aufnahme von Darlehen ermächtigt. Er kann ferner Verzicht leisten, Erlaßverträge und Vergleiche, sowie Versicherungsverträge abschließen und auch Schenkungen vornehmen.[1]) Auch zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen und Bevollmächtigten ist er legitimiert, zu welchen jedoch zwar Generalbevollmächtigte und auch Prozeßbevollmächtigte, nicht aber Prokuristen zu rechnen sind. Er wird für berechtigt zu erachten sein, Zweigniederlassungen zu gründen, wenn nicht seine Vertretungsmacht auf eine Haupt- oder Zweigniederlassung einer Firma beschränkt ist. Dagegen wird man ihn nicht auf Grund der Prokura zur Verlegung des Sitzes des Handelsgewerbes (resp. der Firma) für befugt halten können, denn darin läge eine tatsächliche Aufgabe des Handelsgewerbes an dem einen Ort, und die gleichzeitige Neubegründung eines solchen an einem anderen Orte, was gegen die von uns vertretene Meinung verstoßen würde.

---

[1]) z. B. Kundengeschenke, Gareis (HGB) S. 69, Anm. 2.

Unter den „gerichtlichen“ Rechtshandlungen steht obenan die Prozeßführung, zu der er — ebenfalls im Gegensatz zum Handlungsbevollmächtigten i. e. S. (HGB. § 54, Abs. 2) — ipso jure berechtigt ist. Auch steht ihm das weitere Recht zu, seinerseits Prozeßbevollmächtigte zu bestellen.[2]) Zustellungen in den durch den Betrieb des Handelsgewerbes entstandenen Rechtsstreitigkeiten erfolgen an ihn mit derselben Wirkung wie an die Partei.[3]) Partei selbst aber ist er nicht, vielmehr immer nur deren Vertreter, weshalb er auch als Zeuge vernommen werden kann. Aus dem gleichen Grunde ist ihm aber auch die Leistung eines der Partei zugeschobenen oder auferlegten Eides unmöglich.[4])

Es wären nunmehr noch zwei streitige Fragen zu erörtern, nämlich, 1. ob der Prokurist in Übertretungssachen Einspruch erheben, 2. in Angelegenheiten des Geschäftes auch Strafanträge stellen könne.

Die erste Frage verneinen Allfeld[5]) und nach ihm Goldmann[6]) mit der Begründung, daß sich die Strafe, wenn auch das Geschäftsvermögen für die Geldstrafe aufkäme, niemals gegen das Geschäft, sondern nur gegen eine bestimmte Person richten könne, und sei diese nicht der Prokurist selbst, er auch nicht ohne weiteres an Stelle des von der Strafe Betroffenen handeln könne, daß ferner aber die §§ 49, 50 HGB. überhaupt nur für das Gebiet des Privatrechts, nicht aber für das dem öffentlichen Rechte angehörende Gebiet des Strafrechts Geltung hätten.[7]) Staub sowie Lehmann und Ring sind ent-

---

[2]) ROHG. Bd. 21, S. 342, Goldmann, S. 225.

[3]) ZPO. § 173, vgl. ferner ZPO. § 81.

[4]) ZPO. §§ 478, 449 und 475.

[5]) Allfeld, S. 253, 10.

[6]) Goldmann, S. 226.

[7]) Vgl. RGE. STB Bd. 15, S. 145.

gegengesetzter Meinung.[8]) Da sie aber für diese ihre Meinung uns die Gründe schuldig bleiben, wir auch keine finden können, so ist ihnen hierin nicht beizutreten.[9])

Die zweite Frage verneinen — grundsätzlich wenigstens — Düringer und Hachenburg[10]), Goldmann[11]), Makower[12]) und auch Lehmann und Ring[13]. Staub allein bejaht sie, ohne Einschränkung und wieder ohne Angabe von Gründen.[14]) Auch hier können wir seine Ansicht nicht teilen. Aus der Prokura kann, wie seine obengenannten Gegner zutreffend ausführen, wegen deren privatrechtlicher Natur die Ermächtigung zur Stellung von Strafanträgen nicht hergeleitet werden;[15]) es ist vielmehr Tatfrage: er wird insoweit dazu berufen sein, „als es sich bei der zu verfolgenden strafbaren Handlung um einen Eingriff in diejenigen vermögensrechtlichen Interessen handelt, mit deren Wahrung er betraut ist,[16]) wenn sich die Handlung gegen den Vollmachtgeber als Kaufmann wendet, so z. B. in den Fällen des Nachdruckes, der Patentverletzung oder des unlauteren Wettbewerbes, ebenso aber auch in dem Falle der Geschäftsverleumdung.

Delikte sind keine Rechtshandlungen; die Haftung des Geschäftsherrn für etwaige Delikte des Prokuristen richtet sich daher nach BGB. § 830 f.[17])

---

8) Staub, S. 232, Anm. 1; Lehmann und Ring, S. 134.

9) Vgl· auck Borger, S. 24, Kerb S. 16 u. a.

10) Düringer und Hachenburg, S. 78, III.

11) Goldmann, S. 226.

12) Makower, S. 91, III.

13) Lehmann und Ring, S. 134, ferner Cosack, S. 106, Nr. 3; Borger S. 22, f. Kerb S. 16 u. a.

14) Staub, S. 232.

15) Vgl. die obengenannt. RGE. Str. 15, S. 145.

16) Düringer und Hachenburg, S. 78, III.

17) Gareis (Handausgabe), S. 69, Anm. 2, R. O. H. G. Bd. 6, S. 403; Bd. 15, S. 27.

§ 8. Beschränkung der Prokura.

Zur richtigen Erfassung des Umfanges der für die Prokura sich ergebenden Beschränkungen muß man sich zunächst Klarheit über das Wesen derselben verschaffen. Zwischen der Prokura und der Firma, für welche sie bestellt ist, besteht ein inniger Zusammenhang, d. h. die Prokura ist an die Firma und nicht an die Person des Geschäftsherrn gebunden. Das beste Argument hierfür hat das Gesetz selbst aufgestellt in Absatz 2 des § 50, indem es für zulässig erklärt, daß ein Kaufmann, der mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen betreibt, einen Prokuristen nur für das unter einer Firma betriebene Geschäft bestellen kann, daß die Prokura sich also nicht auf die unter den anderen Firmen betriebenen Geschäfte erstrecken soll; und indem es weiter noch bestimmt, daß eine Verschiedenheit der Firmen auch dann besteht, wenn für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet. Damit hat das neue Handelsgesetzbuch im Gegensatz zum alten, welches diese Bestimmung noch nicht kannte, deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die Prokura an die Firma gebunden ist. Die Folge ist, daß wenn ein Kaufmann mehrere Geschäfte unter einer Firma betreibt, die von ihm erteilte Prokura sich auf alle unter der einen Firma betriebenenen Geschäfte erstreckt.[1]) Ein Beispiel wird den Unterschied zeigen: Ein Kaufmann hat für sein unter der Firma „W. Müller, Zigarren en gros“ betriebenes Zigarrengeschäft einen Prokuristen bestellt. Nunmehr erweitert er sein Unternehmen und betreibt unter der Firma „M. Müller, Weinhandlung en gros“ auch ein Weingeschäft. In diesem Falle bleibt der Prokurist

[1]) So auch Staub, § 50, Anm. 3, vgl. die Gegenausführungen Denzlers 201 ff. „Filialprokura“.

auf die Vertretung der Zigarrenfirma beschränkt, seine Prokura erstreckt sich nicht ohne weiteres auch auf die Weinfirma, hierzu müßte der Prinzipal erst wieder eigene Prokura erteilen, bezw. die für das Zigarrengeschäft erteilte Prokura auch auf das Weingeschäft ausdehnen durch „Ausdrückliche Erklärung". Betreibt aber der Kaufmann später unter Beibehaltung seiner ursprünglichen Firma neben dem Zigarrengeschäft auch noch ein Weingeschäft, so erstreckt sich die für das Zigarrengeschäft erteilte Prokura auch auf das Weingeschäft.

Erachten wir sonach die Prokura als mit der Firma in engster Verbindung stehend, so sind wir weiter zu dem Schlusse berechtigt, daß die Prokura auch nur zu den Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, welche der Betrieb der konkreten Firma mit sich bringt. Wir finden also auch in der engen Verbindung der Prokura mit der Firma des Geschäftsinhabers unsere gegen die herrschende Meinung gerichtete in § 6 dieser Abhandlungen dargelegte Ansicht begründet. Die herrschende Meinung[2]) berücksichtigt dabei zu wenig diese enge Bindung der Prokura an die Firma. Sie geht von der für das frühere Recht bestandenen Anschauung aus, daß der Prokurist als alter ego des Prinzipals dessen Prinzipalseigenschaft vertretungsweise ausübe und deshalb zu allen Rechtshandlungen ermächtigt sei, die der Prinzipal als Kaufmann selbst vornehmen könnte. Letztere Annahme ist zu weit gehend. Der Prokurist vertritt den Prinzipal nur soweit die Firma in Betracht kommt. Er hat also alle Handlungen zu unterlassen, wodurch die Firma selbst alteriert würde. Er darf den Zweck der Firma nicht außer Acht lassen. Wenn z. B. der Prokurist einer Getreidefirma ohne Änderung der Firma vom Getreidehandel

---

[2]) Lehmann S. 214.

vollständig zum Hopfenhandel übergehen würde, so würde er damit zweifellos seine Vollmacht überschreiten. Der Prinzipal dagegen könnte dies jederzeit tun. Wenn Lehmann[3]) annimmt, daß der Prokurist ohne Änderung der Firma den Gegenstand des Handelsgewerbes zu modifizieren in der Lage sei, so werden wir ihm nur insoweit rechtgeben, als auch wir den Prokuristen für ermächtigt halten, nicht bloß die gewöhnlichen im Betriebe vorkommenden, sondern auch außergewöhnliche Geschäfte abzuschließen, soweit sie zur Förderung des konkreten Betriebes dienen. Der Getreideprokurist wird also neben dem Getreidegeschäft, das er mit der Brauerei abschließt, auch zugleich für seine Firma ein Hopfengeschäft eingehen können, denn damit fördert er nur den Zweck seiner Firma. Der Prokurist ist also, mit anderen Worten gesagt, befugt, neue Branchen unter der gleichen Firma auszubilden, denn das Recht der Firma ist gegenständlich unbeschränkt. Man wird ihn aber nicht für berechtigt halten dürfen, Geschäfte abzuschließen, die in gar keiner Beziehung zum Zwecke der Firma stehen. Die Auffassung von Thöl, daß ein Weinhändler von der Reise zurückgekehrt, sich als Eisenhändler wiederfinden könne, ist nicht zutreffend.

Wir gelangen zur Anschauung, daß der Prokurist zu allen Rechtshandlungen und Geschäften, auch zu den außergewöhnlichen, ermächtigt ist, soweit solche dem Zwecke der Firma seines Prinzipals dienen.

Für den Prokuristen bestehen aber dabei Beschränkungen. Diese lassen sich einteilen in gesetzliche bezw. begriffliche, oder in unmittelbare und mittelbare, je nachdem sie sich aus der Natur der Prokura von selbst ergeben oder auf spezieller gesetzlicher bezw. allgemeiner Rechtsvorschrift beruhen.

---

[3]) Lehmann, S. 215.

Die unmittelbaren Beschränkungen sind aus der Vorschrift des § 49, Abs. 1 zu entnehmen. Darnach ermächtigt die Prokura nicht zu Geschäften und Rechtshandlungen, die mit dem Betrieb eines Handelsgewerbes nicht im inneren Zusammenhang stehen. Zu solchen Geschäften zählen: die Veräußerung oder Verpachtung des Geschäftes, als Ganzes[4]) die Betriebseinstellung[5]), die Veränderung und Löschung der Firma[6]), die Aufnahme eines Gesellschafters in die Firma[7]), sowie überhaupt Geschäfte, welche auf Aufgabe und Einstellung des Betriebs abzielen. Man wird deshalb z. B. den Prokuristen einer Fabrik nicht zum Verkauf des gesamten Fabrikinventars ohne Neuanschaffung eines solchen für befugt erachten dürfen, denn dies stünde gleich einer Betriebseinstellung. Wohl aber wird der gleiche Prokurist die Berechtigung haben, im Falle dauernden Geschäfts- bezw. Betriebsrückganges den Inventarbestand zu verringern.[8]) Der Gegenkontrahent des Prokuristen, der wissend, daß seine Gegner ohne spezielle Ermächtigung des Geschäftsherrn nur in seiner Eigenschaft als Prokurist das gesamte Fabrikinventar verkauft, um den Weiterbetrieb der Fabrik unmöglich zu machen, würde trotz Vorhandenseins der sonstigen Erfordernisse einer wirksamen Eigentumsverschaffung (§§ 929ff. BGB.) nicht Eigentümer des ihm ausgehändigten Inventars werden, denn weder die Vorschriften des BGB. über den gutgläubigen Erwerb Dritter

---

[4]) Lehmann und Ring, S. 34, u. a.

[5]) Gareis. Komm. S. 69, Nr. 1, u. a.; Frankenburger, § 49, ferner ROH. Bd. 23, Anm. S. 28.

[6]) Düringer u. Hachenburg, S. 178. III.

[7]) Staub, S. 231, Anm. 1; Makower, S. 91. IIa.

[8]) Vgl. dagegen die herrschende Meinung Goldmann, S. 226, Nr. 2, u. a. RGE.; Bolze, S. 162f., sowie auch Düringer Hachenburg, S. 178, III, welche eine Mittelmeinung vertreten.

von einem Nichteigentümer (§§ 933ff. BGB.), noch die Vorschrift des § 366, Abs. 1 HBG. würde seinen Erwerb decken. Anders wäre der Fall natürlich zu beurteilen, wenn der Prokurist nur einzelne Inventarstücke veräußern würde. Hier würde die Veräußerung auch gegenüber dem Geschäftsherrn wirksam sein, wenn auch der Käufer von der Eigenschaft des Verkäufers als Prokurist Kenntnis hatte.

Die mittelbaren Beschränkungen der Prokura sind entweder solche, denen der Prokuraerteiler selbst unterliegt, z. B. die Gebundenheit des von einem Vormund bestellten Prokuristen an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes hinsichtlich derjenigen Verfügungen und Rechtsgeschäfte, für welche auch der Vormund der vormundschaftsrichterlichen Genehmigung bedarf[9]), oder solche, bei denen kraft Gesetzes eine andere als die gesetzliche Vertretung ausgeschlossen ist, z. B. bei Leistung eines Parteieides im Prozesse oder bei Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister usw. (§§ 12, 20 HGB.), bei Unterzeichnung des Inventars und der Bilanz (§ 41 HGB.), sowie bei der Abgabe der Gründererklärung (§ 191 HGB.)[10])

Zu den unmittelbaren Beschränkungen ist zu rechnen auch die vom Gesetze selbst in § 49, Abs. 2 festgelegte Beschränkung hinsichtlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken. Diese Beschränkung ist jedoch nur relativer Natur, denn sie kann durch den Willen des Geschäftsherrn beseitigt werden. Dieser Wille des Geschäftsherrn muß aber „besonders“ zum Ausdruck kommen, d. h. es muß sich aus den Umständen ergeben, daß der Prokurist auch zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ermächtigt sein soll. Eine solche be-

---

[9]) Behrend, S. 366; Cosak, S. 106 d. Vgl. auch BGB. S. 1822.

[10]) Vgl. auch Düringer Hachenburg, S. 177, 2; Goldmann, S. 226 II; Makower, S. 91 IIIb und Staub, S. 272, Anm. 1 u. a.

sondere Ermächtigung wäre z. B. darin zu erblicken, daß der Vorstand einer Terrain-Aktiengesellschaft (§ 238 HGB.) einen Prokuristen für den Geschäftsbetrieb bestellt.

Thöl[11]), Borger[12]), Makower[13]), Fittig[14]) u. a. halten diese besondere Ermächtigung für eine neben der Prokura hergehende selbständige Vollmacht. Sie gehen bei Begründung ihrer Auffassung davon aus, daß für die Prokuraerteilung eine ausdrückliche Erklärung erforderlich sei, während bei der Einräumung der Befugnis zur Verfügung über Grundstücke eine besondere Erklärung genüge. Diese Autoren gehen nicht auf die Entstehungsgeschichte dieser besonderen Ermächtigung zur Grundstücksverfügung zurück. Tut man dies, so gelangt man zu einem anderen Ergebnis. In dem den Beratungen der Nürnberger Kommission zugrunde liegenden preußischen Entwurf von 1857 war die Ermächtigung zu Grundstücksverfügungen seitens des Prokuristen nicht enthalten. In der Kommission aber beschloß man, dem Art. 42 des allgemeinen Handelsgesetzbuches den Zusatz zu geben, daß der Prokurist zur Veräußerung und Belastung von Immobilien nur dann berechtigt sei, wenn die ihm erteilte Vollmacht diese Befugnis enthielte. Wer ein Recht, über Immobilien zu verfügen, für den Prokuristen annehmen wolle, könne ausdrücklich hierüber in der Prokura sich auslassen[15]); daraufhin wurde dem Art. 42 als Abs. 2 beigefügt: Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis „in der Prokura ausdrücklich“ erteilt ist. Die 2. Lesung beschloß aber aus dem angefügten Absatz 2 die

---

11) Thöl, S. 191, Nr. 2.
12) Borger, S. 32.
13) Makower, S. 91 III.
14) Fittig, S. 35.
15) Prot. 77.

Worte „in der Prokura ausdrücklich" zu streichen, und zwar zu dem Zwecke, um eine tatsächliche und nachträgliche Erteilung der betreffenden Befugnis nicht auszuschließen. So wurde denn dann der Abs. 2 des Art. 42 in der Fassung, wie er auch unverändert in Abs. 2 des § 49 des HGB. vom 10. Mai 1897 übergegangen ist, aufgenommen.

Nach dieser Entstehungsgeschichte des Abs. 2 des § 49 wird man die Befugnis des Prokuristen zu Verfügungen über Grundstücke nicht als grundsätzlich außerhalb der Vertretungsbefugnis des Prokuristen liegend erachten dürfen, sondern nur nicht als naturalen Bestandteil der Prokura. Wohl aber ist diese besondere Ermächtigung zur Grundstücksverfügung ein besonders bedungener Bestandteil der Prokura und nicht eine neben der Prokura selbständig hergehende Vollmacht, deren Eintragung im Handelsregister nichts im Wege steht.[16])

Besondere Erwähnung verdient der Fall, daß ein Prokurist bei dem Erwerb eines Grundstückes eine Restkaufgelderhypothek bestellte. Hierüber bestehen zwei Meinungen; die eine Meinung, vertreten von Staub[17]), Lehmann und Ring[18]), Goldmann[19]) u. a. hielt den Prokuristen dazu für berechtigt, weil in einem solchen Falle praktisch nur eine Erwerbsbedingung vorliegen würde, aber keine Belastung des Grundstückes. Auch das Oberlandesgericht Dresden vertritt in seiner in Busch Archiv Bd. 47, S. 62, abgedruckten Entscheidung die gleiche Auffassung. Es geht von der Erwägung aus,

---

[16]) Vgl. auch Laband, S. 207; Cosak, S. 107; Entsch. d. Kammerger. v. 12. XII. 02, in Anglegenh. d. F. G. und Calmon, S. 19f. u. Respr. Bd. 6, S. 186f.

[17]) Staub, S. 231, Anm. 2.

[18]) Lehmann und Ring, S. 135.

[19]) Goldmann, S. 227 III.

daß die Verpfändung des Grundstückes nicht losgelöst werden könne von dessen Erwerbung in einem Falle, wo in teilweiser Berichtigung des Kaufgeldes auf dem gekauften Grundstücke gleichzeitig Hypothek bestellt wird. Der Erwerbsakt sei für den Prinzipal, nicht auf das Grundstück schlechthin, sondern auf ein mit einem Pfandrecht zu beschwerenden Grundstück gerichtet.

Will man dieser Erwägung folgen, so würde sich daraus ergeben, daß dem einheitlichen Erwerbsakt, d. i. mit dem Kaufvertrag, auch die obligatorische Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek wirksam für den Prinzipal entstanden sein würde, nicht aber auch, daß der Prokurist unmittelbar die Hypothek auch dinglich einräumen könnte. Die Belastung könnte im Grundbuch erst eingetragen werden, nachdem der Prinzipal vorher als Eigentümer eingetragen ist. Der Prokurist würde also, wenn man ihn zur Bewilligung der Belastung des Grundstückes mit einer Kaufgelderhypothek für befugt erachten wollte, durch seine Verfügung Eigentum des Prinzipals belasten, wozu er nach § 49, Abs. 2 ohne besondere Ermächtigung nicht befugt ist. Die Auffassung des Oberlandesgerichtes Dresden, sowie der mit ihm übereinstimmenden Kommentatoren des HGB., daß die Verpfändung in dem angezogenen Falle nicht losgelöst werden könne von der Erwerbung des Grundstückes, ist für das geltende Recht nicht mehr zutreffend. Das BGB. hat abweichend vom gemeinem und preußischem Rechte, wonach der Erwerb dinglicher Rechte durch das Zusammentreffen von Titel und Modus bedingt war, die Entstehung des dinglichen Rechtes von dem zugrunde liegenden Kausalgeschäfte völlig losgelöst und den Rechtserwerb zu einem abstrakten gemacht, der lediglich durch die Willenseinigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung bedingt ist. Der obligatorische und der dingliche Vertrag brauchen

sich heute nicht mehr zu decken, sondern sind beide voneinander unabhängig.[20])

Die Entscheidung für unseren Fall hängt übrigens enge zusammen mit der sehr umstrittenen Frage, ob ein in Gütergemeinschaft lebender Ehemann, der ein Grundstück für das Gesamtgut erwirbt, zu der Eintragung der im Kaufvertrag bewilligten Restkaufgelderhypothek gemäß § 1445 BGB. der Zustimmung der Frau bedarf. Das Kammergericht[21]) hat die Frage verneint, wogegen das bayerische oberste Landesgericht[22]) und das Oberlandesgericht Kolmar wiederholt[23]) die Frage bejaht haben. Den beiden Gerichten haben sich auch angeschlossen das Oberlandesgericht Karlsruhe[24]) und von den Kommentatoren Planck und Staudinger und außerdem Johow[25]) und Calmon.[26]) Vgl. L. v. Seuffert im Bl. f. RAnw. 1908, S. 789ff.

Daß der Prokurist im übrigen kraft seiner Prokura zum Erwerb und zur Entlastung von Grundstücken befähigt ist, bedarf wohl kaum der Betonung.[27])

Wir haben uns nunmehr mit den drei Begriffen „Grundstück“, „Veräußerung“ und „Belastung“ zu beschäftigen.

Unter „Grundstück“ ist ein dreifaches zu bestehen: der abgegrenzte Teil der Erdoberfläche, das Erbbaurecht (BGB. § 1017) und die nach Landesrecht den Grund-

---

[20]) Mot, Bd. III, S. 6ff. u. Entsch. d. RG.. Bd. 52, S. 114, ferner J. W. 1904, S. 168.

[21]) Jahrbuch 21, S. 316.

[22]) Respr. II, S. 361.

[23]) Puchels, Zeitschrift, Bd. 31, S. 332; Seuff, Arch., Bd. 57, S. 270.

[24]) Resp. 6, S. 161.

[25]) Johow, Bd. 29, S. 240.

[26]) Calmon, S. 27f.

[27]) Calmon, S. 15; Makower, S. 91 III u. a.

stücken gleichgestellten Rechte (E. G. BGB. Art. 63, 68 u. 184).[28]) Über eines dieser Rechte ohne Sondervollmacht zu verfügen, steht also dem Prokuristen nicht zu. Selbstverständlich ist es nach unserer Auffassung, daß die Grundstücke nur solche des Geschäftsinhabers, nicht etwa fremde sein können.

Zur Verfügung über andere Rechte an Grundstücken ist der Prokurist sehr wohl berechtigt[29]), er kann daher eine Hypothek — vorausgesetzt natürlich, daß sie für die Firma, nicht für den, deren Inhaber als Privatmann eingetragen ist — allein auf Grund seiner Prokura auf einen anderen übertragen.

Welche Bedeutung den Begriffen „Veräußerung“ und „Belastung“ zukommt, kann hier zweifelhaft sein. Ist damit nur die Fähigkeit zum Abschluß des dinglichen Geschäftes oder auch des obligatorischen gemeint? Die Entscheidung ist von großer praktischer Wichtigkeit.

Will man nämlich die Begriffsbestimmungen des Bürgerlichen Rechts auf das Handelsrecht übertragen, so gelangt man zu einem recht wunderlichen Ergebnis. Nach dem bürgerlichen Rechte fallen die Begriffe „Veräußerung“ und „Belastung“ unter den Oberbegriff „Verfügungen“, d. h. solche Rechtsgeschäfte, durch die unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird, also dingliche Rechtsgeschäfte.[30])

Die Veräußerung ist demnach die gänzliche (konstitu-

---

28) Lehmann u. Ring, S. 135; Calmon, S. 15.

29) Das ist die herrschende Meinung, vgl. auch neuestens Calmon, S. 15 a. M.; Düringer u. Hachenburg, S. 178 IV.

30) Dernburg, S. 342 I — im Erbrecht versteht man unter „Verfügung“ soviel wie Willenserklärung des Erblassers; im öffentlichen Recht bedeutet „Verfügung“ eine Anordnung des Gerichts oder der Staatsgewalt, gewöhnlich des Einzelrichters bezw. des Vorsitzenden (CPO.)

tive oder translative) Übertragung eines Rechtes, besonders des Eigentums[31]); die Belastung die (derivativkonstitutiv) Begründung dinglicher Rechte an einem Gegenstande des Verfügenden.[32])

Wäre nun dem Prokuristen nur die Vornahme einer Veräußerung oder Belastung in diesem Sinne, also das dingliche Rechtsgeschäft untersagt, so könnte er doch das zugrunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft, z. B. den Kaufvertrag, abschließen. Die Folge davon wäre also, daß der Prokurist — dessen Willenserklärung ja unmittelbar für und gegen den Geschäftsherrn wirkt,[33]) — seinem Geschäftsherrn das Grundstück — wenn auch nur mittelbar — entziehen könnte.

Entspricht diese Konsequenz dem Zweck des Gesetzes?

Ein großer Teil der Kommentatoren und Schriftsteller geht auf diese Frage überhaupt nicht ein.

Cosack glaubt, dem Gesetze dadurch gerecht zu werden, daß er auf Grund der Analogie von BGB. §§ 1821 Nr. 3 und 1445, dem Prokuristen auch den Abschluß solcher Verträge versagt, „welche den Prinzipal zur Veräußerung oder Belastung eines Grundstückes obligatorisch verpflichten.[34]) Borger verweist auf den wirtschaftlichen Zweck eines Veräußerungsverbotes und zieht somit den Schluß, daß der Ausdruck „Veräußerung“ zwar regelmäßig, das dingliche, das sog. Verfügungsgeschäft umfaßt, das aber hier wie überhaupt bei wirtschaftlichen Ten-

---

31) Im weiteren Sinne umfaßt Veräußerung das freiwillige Aufgeben eines Rechtes überhaupt, auch ohne Übertragung, z. B. Verzicht.

32) Dernburg, S. 342 II; Crome, S. 327, unter Veräußerung wird die Belastung nicht mehr mit einbegriffen, vgl. BGB. § 932, 445, 493, 571 mit 577 f.

33) BGB. § 164 Abs. 1; s. auch oben, die Ausführungen über die direkte Stellvertretung.

34) Cosack, S. 106 a.

denzen einer Gesetzesnorm eine Ausnahme zu statuieren sei; sonst würde eben jener Zweck nicht erreicht.[35]) Die gleiche Anschauung vertreten Dernburg und Kohler: „Die Veräußerungsverbote betreffen nicht bloß den dinglichen Erfolg, sie machen auch das obligatorische Geschäft nichtig, welches den dinglichen Erfolg zum Ziel hatte, insbesondere den Verkauf, da sie sonst ihren wirtschaftlichen Zweck verfehlen würden.[36]) „Die Wirkung des Veräußerungsverbotes kann sich nicht erschöpfen in der Hemmung des dinglichen Vertrages; seine Hauptfunktion ist es, die Nichtigkeit des obligatorischen Vertrages zu statuieren, diesem den Rechtsschutz zu entziehen und dadurch solche Geschäfte wirtschaftlich zu vernichten.“[37])

Auch wir halten die Bestimmung des HGB. § 49 Abs. 2 für illusorisch, wenn man hier den Begriff „Veräußerung“ bezw. „Belastung“ nicht in dem weiteren wirtschaftlich praktischen Sinne fassen wollte. Juristisch-logisch ist es freilich nicht, allein — „nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr . . . postuliert, hat zu geschehen . . .“[38])

Der Prokurist kann also einen zur Veräußerung, bezw. zur Belastung im juristischen Sinne, verpflichtenden Vertrag, wie die Veräußerung, bezw. die Belastung selbst nur auf Grund einer besonderen Ermächtigung des Geschäftsherrn vornehmen.[39])

Dagegen ermächtigt die Prokura den Prokuristen zur Vermietung und Verpachtung von Grundstücken seines Vollmachtgebers; denn die Vermietung bezw. Verpachtung

---

[35]) Borger, S. 41.

[36]) Dernburg (Pandekten), S. 594.

[37]) Kohler, S. 144.

[38]) v. Ihering, S. 303.

[39]) Ebenso auch Calmon, S. 21 f., 24, über die Stellung des Prokuristen vor dem Grundbuchamt, s. Calmon, S. 39 f.

ist keine Veräußerung oder Belastung.[40]) Die Miete gewährt vielmehr nur den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit[41]) und ist — nach herrschender und richtiger Meinung — ein rein obligatorisches Rechtsgeschäft.[42])

Endlich ist als mittelbare auf dem Gesetz beruhende Beschränkung der Prokura noch zu nennen, das in § 52 Abs. 2 aufgestellte Verbot der Übertragung derselben.

Erinnert man sich des Wortlautes des HGB. von § 48 Abs. 1, wonach „die Prokura nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden“ kann, so könnte man geneigt sein, jene Vorschrift des HGB. § 52 Abs. 2 für überflüssig zu halten. Denn der letztere Paragraph enthält nichts als eine knapp und scharf formulierte Wiederholung des Inhalts des ersteren; auch umfaßt HGB. § 48 Abs. 1 alle drei möglichen Arten, wie der Prokurist die Übertragung, d. h. die Erteilung der Prokura vornehmen könnte, sei es nämlich, daß er den neuen Prokuristen ganz an seine Stelle treten ließe, sei es, daß er ihn nur neben sich stellte, sei es, daß er mit ihm gemeinsam die Prokura zu führen gedächte.[43])

Allein diese Wiederholung hat ihren guten Grund. In HGB. § 49 Abs. 1 ist, wie bekannt, dem Prokuristen die Befugnis beigelegt, alle Geschäfte und Rechtshand-

---

[40]) A. M. Allfeld, S. 257.

[41]) BGB. § 535.

[42]) Dernburg, Bd. 2 Abs. 2, S. 10 und Anm. 22, daselbst, wo sich eingehende Angaben über die Streitfrage finden, gegen die dingliche Natur der Mieter spricht namentlich BGB. § 873, der die Erwerbung von dinglichen Rechten an Grundstücken allgemein von der Eintragung im Grundbuche abhängig macht, Miete und Pacht aber nicht in sich begreift. Das Gegenteil dürfte allerdings zweckmäßiger sein.

[43]) Behrend, S. 363, 9; abweichend Thöl, S. 192 und Wendt, S. 281.

lungen vorzunehmen, die der Betrieb des Handelsgewerbes des Vollmachtgebers mit sich bringt. Daß dazu auch die Bestellung eines weiteren Prokuristen gezählt werden dürfte, wird niemand bezweifeln können, sollte also dem Prokuristen dieses Recht versagt sein, so war es nur zweckmäßig, dies ausdrücklich hervorzuheben. Damit war der Streitfrage vorgebeugt, ob § 49 Abs. 1 nicht etwa als eine Ausnahme vom HGB. § 48 Abs. 1 aufzufassen sei.[44])

Selbst wenn der Geschäftsinhaber die Übertragung der Prokura gestattet haben sollte, ist und bleibt sie unübertragbar.[45])

Die Einschränkung des HGB. § 52 Abs. 2 ist demnach eine absolute.[46])

§ 9. Die [rechtsgeschäftliche] Unbeschränktheit der Prokura.

So wenig der vom Gesetz absolut begrenzte Inhalt und Umfang der Prokura rechtsgeschäftlich erweitert werden kann,[1]) so wenig kann er auch rechtsgeschäftlich beschränkt werden. Dies setzt HGB. § 50 Abs. 1 fest: „Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam.“ Damit ist zweierlei entschieden: einmal ist ausgesprochen, daß die vom Prinzipal dem Prokuristen gesetzte Einschränkung des Umfanges der gesetzlichen Vertretungsmacht zwar nach innen, d. h. im Verhältnis zwischen Prinzipal und Prokurist wirk-

[44]) Vgl. Borger, S. 44.

[45]) Eine trotzdem erfolgte Übertragung der Prokura kann als Erteilung einer Generalhandlungsvollmacht Gültgkeit haben; vgl. auch HGB. § 58.

[46]) Vgl. Makower, S. 95, III, Fischer S. 28, Lehmann und Ring, S. 138, Nr. 2.

[1]) Siehe oben, S. 58, § 8.

sam geschehen kann,[2]) eine solche Einschränkung aber nach außen, d. h. Dritten gegenüber keine Wirkung äußert.

Mit der Vorschrift ist zugleich die Folge festgelegt, daß Rechtshandlungen des Prokuristen, die der ihm gesetzten Einschränkung widersprechen, demnach Wirkungen gegenüber dem Prinzipale haben, vorausgesetzt, daß sie sich innerhalb der gesetzlichen Grenze der Vertretungsmacht des Prokuristen halten.

Die Beschränkung ist Dritten, d. h. allen vom Vollmachtgeber verschiedenen Personen[3]) gegenüber unwirksam, würde jedoch die Absicht der Parteien tatsächlich auf die Erteilung einer beschränkten Prokura gerichtet sein, so läge gar keine Prokuraerteilung vor.[4])

Die Zuwiderhandlung gegen eine solche Beschränkung macht das mit dem Dritten geschlossene Geschäft nicht wirkungslos, vielmehr ist der Vollmachtgeber aus dem Geschäft seines Prokuristen verpflichtet. Der Dritte ist auch nicht etwa „zu höchst mißlichen Beweisführungen über das Dasein der Voraussetzungen für die Giltigkeit der Prokura in jedem konkreten Falle“ genötigt[5]), es ist hinreichend, „wenn er sich vergewissert, daß er es tatsächlich mit einem Prokuristen zu tun hat“.[6]) Auch die Kenntnis des Dritten von der Beschränkung macht sie nicht wirksam, selbst dann nicht, wenn die Beschränkung versehentlich eingetragen sein sollte.[7]) „Der Dritte“, sagt Thöl, welcher die gewollte Beschränkung weiß und ihr unbekümmert

---

[2]) A. M. Behrend, S. 1064.

[3]) Lehmann und Ring, S. 136, Nr. 3.

[4]) Lehmann und Ring, S. 136, Nr. 2.

[5]) Prot. S. 86.

[6]) Borger, S. 49; Egger, S. 30.

[7]) Gareis, S. 80, Nr. 5; Johow, Bd. 12, S. 30; Staub, S. 234, Anm. 2b; Goldmann, S. 228f. ROHG. Bd. VI, S. 136.

entgegenkontrahiert, ist unbenachteiligt, er weiß nur, daß eine ungültige Beschränkung der Vollmacht beigefügt ist.[8])

§ 10. **Die scheinbaren Ausnahmen.**

Obgleich wir gesehen haben, daß eine rechtgeschäftliche Beschränkung der Prokura nach HGB. § 50, Abs. 1 ausgeschlossen ist, so erwähnt doch derselbe Paragraph in seinem Absatz 3 schon eine „Beschränkung“, HGB. § 50. Absatz 3, Satz 1 lautet nämlich: Eine Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen des Geschäftsinhabers ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden“.

Es ist jedoch recht fraglich, ob unter der Bezeichnung „Beschränkung“ in der Tat eine Beschränkung, also eine Ausnahme von dem Grundsatze der Unbeschränkbarkeit zu verstehen sei, oder ob nicht vielmehr ein unglücklich gewählter Ausdruck vorliege, dem eine ganz andere Bedeutung beizumessen wäre.

Klar ist zunächst, daß eine Prokura, die von dem Inhaber mehrerer Niederlassungen mit gleicher Firma erteilt ist, für alle diese Niederlassungen rechtswirksam ist, und zwar ist es gleichgültig, ob die Niederlassungen sich an verschiedenen Orten befinden und es sich um völlig selbständige Geschäfte handelt.[9])

Tragen dagegen die verschiedenen Niederlassungen von einander abweichende Firmen, so kann die Prokura auch auf eines dieser Handelsgewerbe rechtswirksam „beschränkt“ werden.

Aber darin liegt keine Beschränkung der Prokura;

---

[8]) Thöl, S. 191, Nr. 2, nicht S. 190, wie bei Borger, S. 503, zu lesen. Anders bei Handlgsvollm. i. e. S.; s. Gareis HGB. S. 70.

[9]) Allfeld, S. 262; Gareis HGB. S. 70, Nr. 2.

denn diese bleibt für das Geschäft, für welches sie erteilt ist, Vollprokura. Das Gesetz hätte richtiger gehandelt, von einer „Erteilung der Prokura für den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen usw.“ zu sprechen und diese Bestimmung etwa als Abs. 3 in § 48 anzufügen.[10]) (Nach Deuzler, Filialprokura).

Da, wie gesagt, diese Bestellung eines Prokuristen für eine von mehreren Niederlassungen nur dann zulässig ist, wenn diese verschiedene Firmen führen, so wäre die Bestellung eines Prokuristen lediglich für eine Zweigniederlassung bedenklich; denn diese dürfen nach allgemeiner Ansicht[11]) keine von der Hauptniederlassung absolut verschiedenen Firmen haben.[12]) Um dieses Bedenken zu heben, bestimmt HGB. § 50, Abs. 3, Satz 2, daß „Verschiedenheit der Firmen im Sinne dieser Vorschrift auch dadurch begründet wird, daß für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet.“ Unter dieser Voraussetzung kann gemäß dem Satz 1 des § 50, Abs. 3 für jede Zweigniederlassung ein besonderer Prokurist bestellt werden. Hierin ist aber ebensowenig wie im ersteren Falle eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Prokura zu erblicken.[13])

---

[10]) Vgl. Lehmann und Ring, S. 136, Nr. 4 und 131, Nr. 1; Fischer, S. 37 — ebenso erklären sich gegen die Annahme einer Beschränkung, jedoch wohl mit anderer Begründung: Borger, S. 54; Staub, S. 234, Anm, 3; 215, Anm. 5; A. M. Cosack, S. 107 f.; Goldmann, S. 228.

[11]) A. M. Gareis, S. 70, 71; Goldmann, S. 148, Anm. 3; Düringer und Hachenburg, S. 132 IV, u. a.

[12]) Staub, S. 180, Beispiele von Anm. 6. Vgl. S. 180, Anm. 7, namentlich Anm. 8. (221. Deuzler, 147, 150). Lehmann und Ring, S. 59, Nr. 5, 6 HGB. §§ 29, 13, 30, Abs. 3.

[13]) Vgl. Kerb, S. 19; Staub, S. 234, Anm. 3 a. M. Borger, S. 56; Lehmann und Ring, S. 136, Nr. IV; s. auch Fischer, S. 37 f.; Gareis, S. 118. Gegenausführungen Deuzlers, S. 201 ff.

Keine Ausnahme von dem Grundsatze der rechtsgeschäftlichen Unbeschränkbarkeit der Prokura stellt ferner die Gesamtprokura dar, d. h. „die Erteilung“ der Prokura „an mehrere Personen gemeinschaftlich“ (HGB. § 48, Abs. 2)[14]); doch ist auch diese Frage sehr bestritten. Zuzugeben ist den Gegnern, daß die Gesamtprokura Abweichungen von der Einzelprokura aufweist, allein, diese liegen nur „auf persönlichem Gebiet“.[15]) Der Einzelprokurist übt die Vertretungsvollmacht allein, die Gesamtprokuristen üben sie zusammen aus[16]); die Vertretungsmacht selbst wird dadurch aber nicht beschränkt. Es handelt sich daher wohl um eine tatsächliche, aber nicht um eine rechtliche[17]), um eine subjektive, aber nicht um eine objektive Beschränkung.[18])

Aus den gleichen Gründen ist auch die der Gesamtprokura nicht unähnliche Gesamtvertretung eines Prokuristen und eines vertretenden Gesellschafters oder der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft (HGB. § 125, Abs. 3, 232, Abs. 2) nicht als eine Beschränkung der Prokura zu betrachten.[19]) Die Beschränkung ist nur subjektiver, nicht objektiver Natur.

Hieran schließt sich nun aber eine andere Frage: wird durch jene Verbindung der vertretende Gesellschafter in

---

14) Sie muß als solche zur Eintragung angemeldet werden, HGB. § 53, Abs. 1, Satz 2. Näheres bei Düringer u. Hachenburg, S. 1821.

15) Borger, S. 61.

16) Die Gesamtprokuristen erscheinen zusammen als ein Prokurist. Lehmann und Ring, S. 133, Nr. 10.

17) Düringer u. Hachenburg, S. 179, 2.

18) Bie, S. 14; Borger, S. 61; Lehmann und Ring, S. 133, Nr. 10. — Vgl. ferner Staub, S. 235, Anm. 3 und 4; 229, Anm. 9; Goldmann, S. 228; Thöl, S. 191; A. M. Cosack, S. 107; Gareis, S. 118; Wendt, S. 285, u. a.

19) RGE. Bd. 40, S. 17.

seiner Vollmacht beschränkt oder die Vollmacht des Prokuristen — erweitert? Für das erste entscheiden sich Düringer und Hachenburg[20]), für das zweite Staub[21]) und Borger.[22]) Uns will eine dritte Meinung richtig scheinen.

Nach HGB. § 126 Abs. 1 erstreckt sich die Vertretungsmacht der Gesellschafter auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen, einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken, sowie der Erteilung und des Widerrufs der Prokura. „Eine Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht ist gemäß HGB. § 126. Abs. 2 Dritten gegenüber unwirksam.“ Aus diesem letzteren folgt, daß der geringere Umfang der Vollmacht des Prokuristen — er darf eine Veräußerung usw. ja grundsätzlich nicht vornehmen[22]) — den Umfang der Vertretungsmacht des Gesellschafters nicht beschränken kann.

Andererseits ist es naheliegend, daß die Gesellschaft bei Bestimmung der Gesamtvertretung dem Prokuristen gemäß § 49 Abs. 2 besondere Ermächtigung zur Vornahme der außerhalb der Prokura stehenden Rechtshandlungen erteilt. Dann liegt eben, wie wir schon ausgeführt haben, eine im Gesetz vorgeschriebene Erweiterung der Prokura vor.

Der Prokurist ist demnach auf Grund der besonderen Handelsvollmacht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken — natürlich in Gemeinschaft mit dem vertretungsberechtigten Gesellschafter — befugt. Auf Grund

---

[20]) Düringer und Hachenburg, S. 179 II (nicht S. 170) wie bei Staub, S. 235; Borger, S. 62; Fischer, S. 47, steht.

[21]) Staub, S. 475, Anm. 16; 234, Anm. 5; 475, Anm. 16.

[22]) Borger, S. 63. Diese Auffassung dürfte aber mit seinen Ausf. auf S. 32 im Widerspruch stehen.

[22]) Siehe oben S. 68.

dieser besonderen Befugnis ist er dagegen nicht etwa berechtigt, Prokura zu erteilen und zu widerrufen. Wenn ihm dies Recht jedoch trotzdem zusteht, so ist der Grund der, daß er zusammen mit dem vertretungsberechtigten Gesellschafter den gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft darstellt, und Prokura sowohl vom Inhaber des Handelsgeschäfts als auch von dem gesetzlichen Vertreter erteilt werden kann (HGB. § 43 Abs. 1).[23])

§ 11. Wirkung der Rechtshandlungen des Prokuristen gegenüber dem Prinzipal und gegenüber Dritten, inbesondere bei doloser Kollusion.

Der Art. 52 Abs. 1 des allgemeinen Handelsgesetzbuches bestimmte, daß aus einem Geschäft, welches ein Prokurist gemäß der Prokura abschließt, der Prinzipal dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet wird, und in Abs. 3 dieses Artikels war ausdrücklich ausgesprochen, daß das Geschäft zwischen dem Prokuristen und dem Dritten weder Rechte noch Verbindlichkeiten erzeugt. Diese Bestimmungen sind im neuen Handelsgesetzbuch von 1897 weggeblieben. Sie waren überflüssig, weil die Prokura eine abstrakte Vollmacht ist und demgemäß die Vorschriften des BGB. über Vollmacht auch auf sie Anwendung finden. Es greifen deshalb nunmehr die Vorschriften des § 164 BGB. über die direkte Stellvertretung auch für den Prokuristen Platz. Die innerhalb der Vertretungsmacht vom Prokuristen abgegebenen Willenserklärungen wirken also für und gegen den Prinzipal. Vorausgesetzt ist, daß die Willenserklärung im Namen

---

[23]) Ebensowohl auch Fischer, S. 46, die Rechtswirkungen der innerhab der Prokura vom Prokuristen sowie auch der vom Nichtprokuristen geschlossenen Geschäfte regelt das Bürgerliche Recht. Kerb, S. 19 f. u. a.

des Prinzipals, worüber beide Kontrahenten konsentieren müssen, abgegeben werden.[1]) Fehlt es am Willen, im Namen des Prinzipals zu handeln, so wird nur der Prokurist berechtigt[2]) und verpflichtet;[3]) der Wille im Namen des Prinzipals zu handeln, kann auch aus der Konkludenz der Umstände folgen. Diese konkludenten Umstände können selbst dann vorhanden sein, wenn der Gegenkontrahent die Person des Prokuristen für die des Prinzipals gehalten hat, wenn nur mit dieser kontrahiert werden wollte.[4]) Hat der Prokurist die ihm vom Prinzipal erteilte Vollmacht überschritten, so wirkt das unter Überschreitung dieser Vollmacht seitens des Prokuristen für den Prinzipal mit dem Dritten geschlossene Geschäft trotz Kenntnis des letzteren von der Überschreitung der Vollmacht doch gegen den Prinzipal[5]), es sei denn, daß Kollusion vorläge. Eine solche ist aber nicht schon dann gegeben, wenn der Dritte von der Beschränkung der Vollmacht des Prokuristen Kenntnis hat ROHG. Bd. VI, S. 131), sondern erst dann, wenn der letztere seine nach außen unbeschränkbare Vollmacht mißbraucht, um absichtlich zum Nachteile des Prinzipals zu handeln, und der Dritte bei Verwirklichung dieser Absicht wissentlich mitwirkt.[6]) Wenn z. B. der Prinzipal seinem Prokuristen verbietet, russisches Getreide zu kaufen und dieser kauft trotzdem solches vom russischen Getreidehändler, der das Verbot des Prinzipals kennt, und der Kauf wird in beiderseitiger Absicht zum Schaden des Prinzipals abgeschlossen; in diesem Falle erlangt der Dritte kein Recht

[1]) ROH. Bd. 16, S. 356 und § 164, Abs. 1 BGB.
[2]) ROH. Bd. 23, S. 166.
[3]) Entsch. d. RG. Bd. 2, S. 55.
[4]) 4 O. G. Wien, bei Nowack, Bd. IV, S. 184.
[5]) Gareis, H. S. 119, Lehmann, S. 216, ROH. Bd. 6, S. 131.
[6]) Entsch. d. RG. Bd. IX, S. 148 f.

gegen den Prinzipal nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 138, 826 und 853 BGB. Es tritt hier ein Grund hinzu, der trotz Vorhandenseins der Vollmacht nach außen den Rechtserwerb für den Dritten hindert, nämlich der Verstoß gegen die guten Sitten, bezw. das vorsätzliche gegen die guten Sitten verstoßende Schadenzufügen.[7])

Wie gestaltet sich aber die Sache, wenn der Prokurist sich bei Abschluß eines Geschäftes mit einem Dritten eines Betruges schuldig macht?

Hier muß unterschieden werden zwischen dem Betrug bei Eingehung des Geschäfts und bei Erfüllung desselben. Hat der Prokurist innerhalb seiner Vollmacht, soweit dieselbe nicht durch § 49 Abs. 2 gesetzlich eingeschränkt ist, gehandelt, so wird dem Prinzipal eine von demselben bei Eingehung des Geschäftes gegenüber dem Dritten verübte Betrugshandlung so zugerechnet, als hätte er sie selbst begangen, und somit steht gegen ihn der Anspruch im gleichen Umfang zu, wie gegen den Prokuristen[8]) Dies gilt auch nach dem Rechte des BGB. gemäß § 166, Abs. 1. Der Gegenkontrahent des Prokuristen kann infolgedessen seine Erklärung gemäß § 123 BGB. anfechten, denn der Prinzipal ist nicht als Dritter im Sinne der Vorschrift des § 123 Abs. 2 S. 1 BGB. zu betrachten, weil die Wirkungen des Rechtsgeschäftes in seiner Person eintreten.[9])

Steht nun aber bei betrügerischem Verhalten des Prokuristen dem Dritten neben der Anfechtung oder dem Schadenersatzanspruch gegenüber dem Prinzipal auch ein Anspruch gegen den Prokuristen selbst zu? Das Reichs=

---

7) ROHG. Bd. VII, S. 403, Bd. IX, S. 429.

8) ROHG. Bd. VI, S. 403 ff. u. XV, S. 26 f. Entsch. d. RG. Bd. XII, S. 112.

9) Plank, I, Erl. IV, zu § 167.

gericht[10]) hat in einem Urteil vom 25. Juni 1890 ausgesprochen, daß auf dem Gebiete des Privatrechtes die Verantwortlichkeit für ein rechtswidriges Handeln nicht durch die Berufung auf einen Antrag oder eine Stellung als Organ abgelehnt werden kann, und daraus gefolgert, daß rechtswidrige Handlungen der Vorstandsmitglieder einer juristischen Person, auch wenn sie der juristischen Person zuzurechnen sind, doch auch von den Vorstandsmitgliedern selbst als den physischen Urhebern vertreten werden müssen. Dies ist auch auf den dolosen Prokuristen anzuwenden, wenn sich dessen Verhalten als unerlaubte Handlung darstellt und gilt auch für das BGB. nach dessen Grundsätzen über die gesamtschuldnerische Haftung aus unerlaubten Handlungen. Die gleiche Haftung ist schon für das preuß. allgem. Landrecht in Teil I, Titel 6, §§ 10 ff., 50 53, ausgesprochen gewesen.[11])

Dagegen steht dem Beschädigten ein Schadenersatzanspruch gegen den Prokuristen nicht zu, wenn dessen Versehen bei Eingehung eines Geschäftes nur in der Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns besteht und nicht zugleich eine unerlaubte Handlung enthält. Hier traten nach Art. 52 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches die Wirkungen des fahrlässigen Handelns des Prokuristen nur in der Person des Prinzipals ein und gleiches ist nach den §§ 166 u. 278 BGB. nach heutigem Recht der Fall. Nach früherem preußischem Recht haftete der Prinzipal als Mandant für alle Vergehen und Versehen des Prokuristen als Mandatars, wenn es sich um eine Verpflichtung aus einem Vertrage oder um eine dem ersteren direkt vom Gesetze auferlegte Verpflichtung handelte, z. B. um Verabsäumung

[10]) Entsch. d. RG. Bd. XXVIII, S. 238.

[11]) Vgl. Behrend, S. 344, f. v. Hahn, Anm. zu Art. 52, Goldschmidt, in der Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. XVI, S. 287 f.

der durch das Gesetz gebotenen, auf Schadensverhütung abzielenden Sicherungsmaßregeln bei Bauten.[12])

Hat sich der Prokurist bei Erfüllung des Vertrages einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht, so haftete schon nach bisherigem Rechte[13]) und haftet auch nach dem Rechte des BGB. gemäß §§ 166 und 278 der Prinzipal und daneben der Prokurist selbst. Hat dieser nur gelegentlich der Ausführung eines Geschäftes für Dritte oder für sich selbst eine unerlaubte Handlung begangen, so haftet nur er dem geschädigten Dritten.[14])

Für bloßes Versehen des Prokuristen bei Erfüllung des Vertrages haftet nach den gleichen Bestimmungen ebenfalls nur der Prinzipal.

Hat der Prokurist nach bestimmten Weisungen seines Prinzipals gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Prokuristen berufen. Das gleiche gilt von Umständen, die der Prinzipal kennen mußte, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht (§ 166, Abs. 2 BGB.). Der Prokurist ist andererseits berechtigt, von den ihm erteilten Weisungen abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen durfte, daß der Prinzipal bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde, und wenn die Abweichung innerhalb der vom Prokuristen zu beobachtenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes liegt (§§ 276, 663 u. 673 BGB.).[15])

Vielleicht wäre es im Interesse der Kaufmannswelt gelegen, wenn durch die gesetzliche Vertretung des Handelsstandes, z. B. durch eine Handelskammer, bei den gesetz-

[12]) ROH. Bd. VIII, S. 202.

[13]) ROH. Bd. VI, S. 403, 412 u. Bd. XV, S. 26f.

[14]) Entsch. d. RG. Bd. XXX, S. 44.

[15]) Gareis u. a. O., S. 119.

gebenden Organen des Reichs eine redaktionelle Änderung des Wortlautes des § 49, Abs. 1 dahin angeregt würde, daß an Stelle der Worte „der Betrieb eines Handelsgewerbes“ die Worte gesetzt würden, „der Betrieb des Handelsgewerbes“. Damit wäre jeder Zweifel genommen, daß die Prokura nur zu den Geschäften und Rechtshandlungen berechtigt, die der Betrieb des Handelsgewerbes im conkreto mit sich bringt.

IV. Abschnitt.

Beendigung der Prokura.

§ 12. Widerruf der Prokura.

Über die Endigung der Prokura enthält das HGB. zwei Bestimmungen, eine negative und eine positive. Die negative trifft HGB. § 52, Abs. 3: „Die Prokura erlischt nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäftes.“ Die positive findet sich im gleichen Paragraphen, Abs. 1: „Die Prokura ist ohne Rücksicht auf das der Erteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis jederzeit widerruflich...“ Im übrigen muß man also auf die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts zurückgreifen.

Es ist hier jedoch zu beachten, daß BGB. § 168, Satz 1, wonach sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse bestimmt, auf die Prokura wegen ihrer durchaus abstrakten Natur nicht ohne weiteres Anwendung finden kann. Es ist sehr wohl möglich, daß das Kausalgeschäft erlischt, die Prokura aber fortbesteht.[1] „Häufig freilich fällt das Erlöschen der Vollmacht mit dem des Kausalverhältnisses

---

[1]) Lehmann und Ring, S. 138, Nr. 3; 135, Nr. 1; v. Westenholz, S. 42, a. M. Staub, S. 237, Anm. 10; Makower, S. 95 IV; Kerb, S. 25, Nr. 2 u. a.

tatsächlich zusammen, oder wo dies der Fall ist, handelt es sich nicht um eine Abhängigkeit, sondern um eine bloß zufällige Übereinstimmung der beiden Erlöschungsgründe."[2]) Bei der Prokura wird daher in jedem Falle zu prüfen sein, ob die das Kausalverhältnis endigende Tatsache auch geeignet ist, die Prokura an sich erlöschen zu lassen.[3])

Im Gegensatze zu BGB. § 168, Satz 2, nach dem die Widerruflichkeit bei der gewöhnlichen Vollmacht zwar die Regel ist, ausnahmsweise sich aber aus dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte etwas anderes ergeben kann, ist also die Prokura schlechthin widerruflich (HGB. § 52, Abs. 1).[4])

In diesem stets zulässigen Widerruf könnte man vielleicht ein Argument gegen unsere Auffassung der Prokura sehen, wonach der Prokurist wohl zu allen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb des Handelsgewerbes seines Vollmachtgebers mit sich bringt, ermächtigt ist, nicht aber zu allen denen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes überhaupt mit sich bringt. Man könnte sagen, daß nur eine Prokura mit so weitgehendem Inhalt und Umfang, wie er nach der herrschenden Meinung angenommen wird, dies unbeschränkte Widerrufsrecht erkläre. Allein wir haben schon oben darauf hingewiesen, daß auch nach unserer Auffassung von der Tragweite der Prokura diese ein gewaltiges Gebiet umfaßt, und daß die Gefahr für den Geschäftsherrn noch immer sehr groß ist. Jenes Widerrufsrecht hat daher auch für unsere

---

[2]) Hupka, S. 377, stellt diese These für alle Vollmachten auf, theoretisch gewiß mit Recht, man muß aber doch mit der positiven Vorschrift des BGB. rechnen.

[3]) v. Westenholz, S. 43.

[4]) Düringer und Hachenburg, S. 180 I; Makower, S. 94 I; Staub, S. 236, Anm. 1; Lehmann und Ring, S. 137, Nr. 1.

Theorie allerhöchste Bedeutung und kann sie also auch nicht erschüttern.

Auf das Widerrufsrecht kann auch nicht verzichtet werden; ein solcher Verzicht wäre wirkungslos.[5])

An wen die Erklärung des Widerrufs zu richten ist, darüber gibt das HGB. keine Vorschrift, es ist daher auch hier auf das Bürgerliche Recht zu verweisen.[6]) Es ist jedoch daran zu erinnern, daß die widerrufene Prokura gutgläubigen Dritten gegenüber so lange als fortdauernd bestehend gilt, als nicht der Widerruf in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist (HGB. § 15, Abs. 1, 2; 53, Abs. 3).

Das Recht zum Widerrufe steht in erster Reihe dem Vollmachtgeber zu, also dem Inhaber des Geschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter; der Widerrufende braucht jedoch nicht mit dem Vollmachtgeber identisch zu sein. Wird z. B. der Geschäftsinhaber, der seinerzeit Prokura erteilt hatte, später geschäftsunfähig, so kann sein gesetzlicher Vertreter den Widerruf vornehmen; stirbt der Geschäftsinhaber, so muß den Erben dies Recht zuerkannt werden.[7]) Bei der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der Kommandit-Aktiengesellschaft kann nach außen jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter widerrufen (HGB. §§ 116, Abs. 3; 126, Abs. 1; 161, Abs. 2; 230, Abs. 2) bei der Aktiengesellschaft der Vorstand (HGB. § 238).[8])

---

[5]) ROHG. Bd. 23, S. 326 f.; Ziff., Bd. III, S. 186; Staub, S. 236 b; so auch die Denkschrift, S. 50.

[6]) Lehmann und Ring, S. 138, Nr. 1; a. M. Staub, S. 236, Anm. 2, auch Kupka, S. 413.

[7]) Dagegen kann ein Prokurist nicht auf Grund seiner Prokura die Prokura eines anderen widerrufen, Lehmann und Ring, S. 138, Nr. 1.

[8]) Lehmann und Ring, S. 138, Nr. 1; Staub, S. 809, Anm. 14; Makower, S. 512 III u, a.

Die Art des Widerrufs ist im HGB. — im Gegensatz zur Erteilung der Prokura nicht vorgeschrieben. Es greifen demnach die Bestimmungen des BGB. ein (§§ 168, 167, Abs. 2). Es wird also der Widerruf auch stillschweigend erfolgen können. „Immer aber ist Voraussetzung für die rechtliche Existenz der stillschweigenden Widerrufserklärung, daß das Faktum konkludens dem Bevollmächtigten oder dem Dritten erkennbar geworden ist.[9])

Der Widerruf kann mit sofortiger oder späterer Wirkung erfolgen; doch steht es in dem letzteren Falle dem Vollmachtgeber frei, die Wirkung jederzeit eintreten zu lassen.[10])

Eine Folge des abstrakten Charakters der Prokura ist es auch, daß der Widerruf den Anspruch des Prokuristen auf die vertragsmäßige Vergütung nicht berührt (HGB. § 52 Abs. 2). Hierüber entscheidet das Kausalgeschäft, auch der Grund des Widerrufs, ob nämlich gerechtfertigt oder nicht. Nach dem Kausalgeschäfte bestimmen sich auch die etwaigen Folgen: Auflösung des Dienstverhältnisses, Konventionalstrafe usw. Auf Belassung der Prokura kann der Prokurist jedoch ebensowenig klagen, wie auf deren Erteilung.[11])

Die Prokura eigenmächtig niederlegen kann der Prokurist nicht;[12]) er kann sich aber wohl durch einen besonderen Vertrag dieses Recht ausbedingen.[13])

---

[9]) Hupka, S. 415 f.

[10]) Lehmann und Ring, S. 138, Nr. 1.

[11]) Makower, S. 94, II; Lehmann und Ring, S. 158, Nr. 1; Staub, S. 236 und 237, Anm. 4, 282, Anm. 6 HBG. § 71. Vgl. auch oben S. 41.

[12]) Hupka, S. 390; auch Staub, S. 237, Anm. 5, doch muß u. E. von dem kausalen Rechtsverhältnis abgesehen werden.

[13]) Staub, S. 237, Anm. 5, Hupka, S. 390 f. u. v. Westenholz, S. 63, äußern sich zu dieser Frage nicht.

§ 13. Andere Gründe.

1. Nach der herrschenden Meinung hat der Tod des Prokuristen stets das Erlöschen der Prokura zufolge.[1])

Der Tod eines von mehreren Gesamtprokuristen dürfte aber nur dann Erlöschungsgrund sein, „wenn die übrigen nicht mehr in der vorgeschriebenen Zahl zu zeichnen imstande sind.[2])

2. Auch der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Prokuristen läßt die Prokura untergehen.[3]) Dagegen führt der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers den Untergang der Prokura nicht herbei.[4])

3. Wie oben, S. 46, ausgeführt besteht zwischen der Prokuraerteilung und der Firma als solcher eine enge unlösliche Beziehung.

Eine Löschung der Firma oder Aufgabe des Geschäfts bedingt demnach Erdigung der Prokura [A. M. Staub, S. 236, Anm. 14, gleicher Meinung Düringer und Hachenberg I 183]; durch Veräußerung des Geschäfts erlischt die Prokura.[5])

4. Durch die Einstellung des Gewerbebetriebes hört die Prokura auf; denn sie ist eben für den Betrieb erteilt.[6])

5. Im Falle des Konkurses ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Einzelkaufmann und dem steht gleich der Konkurs über den Komplimentär bei der stillen Gesellschaft, oder ob es sich um eine Gesellschaft handelt.

---

[1]) Staub, S. 237, Anm. 9, Lehmann und Ring, S. 138, Nr. 3, Hupka, S. 380, Düringer und Hachenburg, S. 168, Nr. 4.

[2]) Bie, S. 54, Behrend, S. 369.

[3]) Lehmann und Ring, S. 138, Nr. 3; v. Westenholz S. 45; a. M. Hupka, S. 183.

[4]) Über den Widerruf in solchem Falle siehe oben, S. 265, Hupka, S. 384, Makower, S. 95, IV, Staub, S. 265, Anm. 67; Lehmann und Ring, S. 138, Nr. 3 u. a.

[5]) Lehmann u. Ring, S. 138, Nr. 3; Staub S. 238, Anm. 15 u. a.

[6]) Makower, S. 95, IV.

Im ersteren Falle ist es quaestio facti, ob die Konkurseröffnung den Verlust der Kaufmannseigenschaft nach sich zieht. An sich bringt die Konkurseröffnung weder den Verlust der Kaufmannsqualität, noch das Erlöschen der Firma mit sich.[7]) Erstere Folge tritt nur ein, sofern der Konkurs dem Kaufmann alle Mittel und die Möglichkeit zum Betriebe nicht nur seines speziellen, sondern jedes Handelgewerbes entzieht. So weit der Kridar mit den noch zu seiner Verfügung verbleibenden, d. h. nicht in die Konkursmasse einbezogenen Mitteln gewerbsmäßig Handelsgeschäfte fortbetreibt, bleibt auch die Prokura fortbestehen.[8]) Dagegen erlischt die Prokura soweit sie für das zur Konkursmasse gezogene Geschäft erteilt ist. Auch der Konkursverwalter kann keine Prokura erteilen, falls er das Geschäft einstweilen fortführt, denn er ist nicht gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners, sondern ein in öffentlichem Interesse geschaffenes Organ zur Durchführung des Zweckes des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktion aus dem Gesetz entnimmt.[9])

Beim Gesellschaftskonkurse ergreift der Konkurs das Vermögen der Gesellschaft in seiner Gesamtheit und damit hört die Dispositionsbefugnis der vertretungsberechtigten Gesellschafter; bezw. der vertretungsberechtigten Organe der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Genossenschaft, über das Gesellschaftsvermögen vollständig[10]) auf und damit erlischt auch die Prokura.[11])

---

7) ROHG. Bd. XIX, S. 38, RG. Bd. VIII, S. 152.

8) Jaeger, S. 74, Nr. 5 und Hupka, S. 387.

9) RG. Bd. 29, S. 29 ff.

10) RG. Bd. XIV, S. 412 ff.

11) Vgl. hierüber die eingehende Ausführung bei v. Westenholz; S. 46 ff, 51 f.

Wie die Erteilung der Prokura, so ist nach HGB. § 53 Abs. 3 auch ihr Erlöschen zur Eintragung anzumelden. Das Gleiche gilt auch für jede Änderung der Prokura, z. B. für die Umwandlung der Einzelprokura in eine Gesamtprokura. Das Erlöschen ist auch anzumelden, wenn die Prokura nicht eingetragen war.[12])

[12]) Lehmann und Ring, S. 139, Nr. 3; Makower, S. 96, III, Staub, S. 230, Anm. 9 — vgl. übrigens HGB. § 15.